Exp:
Escrito:
Cuaderno: Principal
Sumilla : DEMANDA DE ACCIÓN DE AMPARO por omisión de consulta previa del Decreto Legislativo N° 1333, Decreto Legislativo para la simplificación del acceso a predios para proyectos de inversión priorizados, y otros por afectar derechos colectivos indígenas

SEÑOR JUEZ ESPECIALIZADO EN LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

CONFEDERACIÓN NACIONAL AGRARIA- CNA, constituida legalmente como asociación e inscrita en la Partida Electrónica N° 01958070 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima, debidamente representada por el señor Antolín Huáscar Flores, identificado con DNI N° 23938412, con domicilio real Jr. Antonio Miroquesada 327 Cercado de Lima – Perú, y la **ORGANIZACIÓN NACIONAL DE MUJERES INDÍGENAS ANDINAS Y AMAZÓNICAS DEL PERÚ-ONAMIAP**, legalmente como asociación e inscrita en la Partida Electrónica N° 12517433 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Iquitos debidamente representada por la señora Ketty Marcelo López, identificada con DNI N° 10424840, con domicilio real Jr. Antonio Miroquesada 327 Cercado de Lima – Perú y como Litisconsorte facultativo el **INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL DEL AMBIENTE Y EL DESARROLLO DEL SOSTENIBLE PERÚ – IDLADS PERÚ**, constituida legalmente como asociación e inscrita en la Partida Electrónica N° 11840143 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima, debidamente representada por el señor Henry Oleff Carhuatocto Sandoval, con domicilio real en Av. Tingo María 495 Breña, identificado con DNI N° 25794770, todos con domicilio procesal en Av. Tingo María Nº 495- Breña y con Casilla Electrónica 2447, a usted atentamente decimos:

Que, recurro a su despacho a fin de interponer la presente acción de amparo contra:

1) **Presidente de la República,** a quien se deberá notificar al Procurador Público de la Presidencia del Consejo de Ministros a la siguiente dirección: Calle Schell N° 310; piso 11 – Miraflores Lima.

2) **Presidencia del Consejo de Ministros,** a quien se deberá notificar al Procurador Público de la Presidencia del Consejo de Ministros a la siguiente dirección: Calle Schell N° 310; piso 11 – Miraflores Lima.

3) **Ministro de Economía y Finanzas,** a quien se deberá notificar a su Procurador Público a la siguiente dirección: Jirón Lampa N°594 -1° Piso – Cercado de Lima.

I. PETITORIO

Recurrimos a su Despacho en ejercicio de la legitimación reconocida por el inciso 2) del artículo 200° de la Constitución y los artículos 3°, 40º y 41º de la Ley Nº 28237 (Código Procesal Constitucional), interponemos **DEMANDA DE ACCIÓN DE AMPARO por omisión de consulta previa del Decreto Legislativo N° 1333, Decreto Legislativo para la simplificación del acceso a predios para proyectos de inversión priorizados, Decreto Legislativo N° 1192 aprueba la Ley Marco de Adquisición y Expropiación de inmuebles, transferencia de inmuebles de propiedad del Estado, liberación de interferencias y dicta otras medidas para la ejecución de obras de infraestructura, y su modificación producida por el Decreto Legislativo N° 1210** en contra del Presidente de la República, la Presidencia del Consejo de Ministros y Ministerio de Economía y Finanzas por haber aprobado y refrendado las referidas normas afectando derechos

colectivos de propiedad comunal y posesión ancestral así como de identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas y el derecho de propiedad indígena incumpliendo el derecho a la consulta previa previsto en el artículo 6º del Convenio 169 de la OIT y así como el artículo 2 numeral 19 y 88 de la Constitución Política del Perú así como el artículo 2, 3 y 17 de la Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la OIT, Ley Nº 29785, y los artículo 27.5 y 27.6 del Reglamento de la Ley Nº 29785.

En ese sentido solicitamos se ordene dejar inaplicar dichas normas relacionadas a expropiación de territorios que afectan a las comunidades nativas y campesinas pertenecientes a las organizaciones indígenas demandantes por vulnerar el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas y ordenar a la Presidente de la República y la Presidencia del Consejo de Ministros que cuando apruebe decretos legislativos que afectan derechos colectivos de pueblos indígenas cumpla con realizar la consulta previa prevista en el artículo 6º del Convenio 169 de la OIT y así como el artículo 2 numeral 19 y artículo 88 de la Constitución Política del Perú así como el artículo 2, 3 y 17 de la Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la OIT, Ley Nº 29785, y los artículo 27.5 y 27.6 del Reglamento de la Ley Nº 29785, en atención a los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:

II.FUNDAMENTOS DE HECHO:

2.1. ANTECEDENTES

2.1.1. RESPECTO A LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL PERÚ

El Perú es un país pluricultural, multiétnico y diverso, en donde coexisten varios pueblos y grupos étnicos, organizados generalmente en pueblos andinos y amazónicos, que poseen conocimientos científicos y tecnológicos, medicina tradicional, valores culturales, idioma, formas de organización política y social, modelos de desarrollo socio económico, maneras de administrar recursos naturales, diferentes prácticas de ejercer autoridad y administrar justicia, así como de conservar sus tierras y territorios. Así, de acuerdo al Mapa Etnolingüístico Oficial del Perú[1], en el país existen 72 etnias, 7 ubicadas en el área andina y **65 en el área amazónica**, las cuales se agrupan en 14 familias lingüísticas indígenas[2]. Según otras fuentes, la heterogeneidad de la población peruana se manifiesta actualmente, en la coexistencia de 43 lenguas: 39 son amazónicas, una lengua en fase de estudio y 3 lenguas andinas: el quechua, aymará y jacura. Todas ellas agrupadas en 17 familias lingüísticas. Los tres grupos etnolingüísticos más numerosos de la Amazonía son: Asháninka 57,998, el Awajum (Aguaruna) 45,137 y el Shipibo 20,178.

Según los registros del Ministerio de Agricultura, los pueblos indígenas del Perú están organizados mayoritariamente en 5,826 comunidades campesinas[3] -andinas y costeñas- reconocidas[4] y 1,265 comunidades nativas[5] -amazónicas- inscritas[6]. De acuerdo a la misma fuente, las comunidades campesinas ocupan una extensión superficial de 16´706,952.7557 has. y agrupan aproximadamente a 1´041,587 familias. Las comunidades nativas ocupan una extensión superficial de 9´269,332.3145 has. y agrupan aproximadamente a 45,791 familias. En la actualidad en el Perú existen aproximadamente 5818 Comunidades Campesinas[7] y más de

[1] Mapa Etnolingüístico Oficial del Perú. Ministerio de Agricultura. Instituto Indigenista Peruano-1994.
[2] Familia lingüística es el conjunto de lenguas emparentadas entre sí que tienen un origen común, las cuales son habladas por los pueblos o etnias.
[3] Comunidades Campesinas: Organizaciones reducidas de pueblos indígenas de los andes y costa del Perú, con personería jurídica, cuya actividad principal se desarrolla en base a la Agricultura y Ganadería.
[4] Directorio de Comunidades Campesinas del Perú. PETT. Ministerio de Agricultura (Información a octubre de 2001).
[5] Las poblaciones indígenas amazónicas no sólo se agrupan bajo la forma legal de comunidades nativas, sino que teniendo en cuenta su organización territorial y socio cultural frente a la sociedad nacional, minoritariamente también pueden ser reconocidas y analizadas con la tipología siguiente: pueblos indígenas aislados; poblaciones indígenas remotas y dispersas; poblaciones indígenas rurales dislocadas y fragmentadas; poblaciones ribereñas; e indígenas urbanos /OIT: Moore).
[6] Directorio de Comunidades Nativas del Perú. PETT. Ministerio de Agricultura (Información a diciembre de 1999).
[7] Fuente: III Censo Agropecuario 1194- Directorio de Comunidades Campesinas del PETT 2002.

1345 Comunidades Nativas[8]; la Constitución Política vigente, reconoce la existencia de las comunidades campesinas y nativas desde épocas inmemoriales, condicionado su existencia a su reconocimiento legal e inscripción en los Registros Públicos, respetando la identidad cultural de dichas comunidades.

El Convenio Nº 169 fue aprobado por el Congreso de la República, mediante Resolución Legislativa Nº 26253, de fecha 2 de diciembre de 1993. El citado Instrumento internacional consagra el derecho a la consulta previa, en el numeral 1 del artículo 6 del Convenio Nº 169 establece que los gobiernos deberán consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan; y, establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para dicho fin.

Asimismo, el numeral 2 del artículo 6 del referido Convenio señala que las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas. Lo que debe ser concordado con el numeral 2 del artículo 15 del Convenio Nº 169 que señala que el Estado que tenga la propiedad de los recursos del subsuelo o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida.

2.1.2. RESPECTO A LA AFECTACIÓN CIERTA Y CONTINUA DE LA CONFEDERACIÓN NACIONAL AGRARIA- CNA DE SU DERECHO A LA CONSULTA PREVIA POR CONDUCTA OMISIVA DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA Y EL CONSEJO DE MINISTROS

La Confederación Nacional Agraria - CNA una organización gremial de mujeres y hombres campesinos, pequeños y medianos productores agrarios y pueblos originarios. Nuestras bases están articuladas en 18 federaciones regionales en costa, sierra y selva del Perú. Reivindican y defienden los intereses de los pueblos del campo promoviendo su liderazgo y formación para el respeto de sus derechos, modos de producción y medios de vida. Nuestras demandas y propuestas de incidencia giran sobre estos ejes: **1. Soberanía Alimentaria, 2. Tierra y territorio, 3. Identidad, reconocimiento y participación y 4. Cambio climático.**

Los impactos socio ambientales de expropiaciones previstos en los Decretos Legislativos Nº 1192, 1210 y 1333 tendrán efectos directos sobre los derechos de las comunidades bases de la CNA, en donde no se ha ejercido de manera efectiva y plena el derecho a la consulta previa por afectarse derechos colectivos de los pueblos indígenas miembros no solo de la CNA sino de ONAMIAP.

En consecuencia, al no efectivizar el Presidente de la República y la Presidencia del Consejo de Ministros el derecho de consulta previa al momento de aprobar los Decretos Legislativos Nº 1192, 1210 y 1333 relacionados a la expropiación que afectan directamente derechos colectivos de propiedad comunal y posesión ancestral así como de identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas e inobservando el artículo 6º del Convenio 169 de la OIT y así como el artículo 2 numeral 19 de la Constitución Política del Perú así como el artículo 2, 3 y 17 de la Ley del

[8] Fuente: Base de Datos de Comunidades Nativas del PETT-2003 - CD room Defensoría del Pueblo.

derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la OIT, Ley N° 29785, y los artículo 27.5 y 27.6 del Reglamento de la Ley N° 29785 nos legitiman a interponer la presente acción de amparo a fin de inaplicar para los pueblos indígenas pertenecientes a la Confederación Nacional Agraria – CNA y Organización Nacional de Mujeres Indígenas Andinas y Amazónicas del Perú.

2.1.3. RESPECTO A LA AFECTACIÓN CIERTA Y CONTINUA DE ONAMIAP DE SU DERECHO A LA CONSULTA PREVIA POR CONDUCTA OMISIVA DE LOS DEMANDADOS

La Organización Nacional de Mujeres Indígenas Andinas y Amazónicas del Perú que luchan por el pleno ejercicio de sus derechos individuales y colectivos como mujeres y pueblos indígenas. Basadas en los principios de respeto y reconocimiento de nuestra diversidad, desarrollan acciones dirigidas a fortalecer sus organizaciones de base, a visibilizar sus propuestas y demandas e incidir en la agenda pública y ganar espacios de representatividad a nivel local, regional, nacional e internacional.

Está conformado por 24 comunidades indígenas pero también interpone el presente amparo en defensa del resto de comunidades indígenas que se ven afectados por la conducta omisiva del Poder Ejecutivo, las cuales no pueden ejercer su derecho a la consulta previa cuando se aprobaron los Decretos Legislativos N° 1192, 1210 y 1333 que tendrán efectos directos sobre los derechos de las comunidades indígenas, en donde no se ha ejercido de manera efectiva y plena el derecho a la consulta previa por afectarse derechos colectivos de los pueblos indígenas miembros no solo de la ONAMIAP sino de CNA.

En consecuencia, al no efectivizar el Presidente de la República y la Presidencia del Consejo de Ministros el derecho de consulta previa al momento de aprobar los Decretos Legislativos N° 1192, 1210 y 1333 relacionados a la expropiación que afectan directamente derechos colectivos de propiedad comunal y posesión ancestral así como de identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas e inobservando el artículo 6º del Convenio 169 de la OIT y así como el artículo 2 numeral 19 de la Constitución Política del Perú así como el artículo 2, 3 y 17 de la Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la OIT, Ley N° 29785, y los artículo 27.5 y 27.6 del Reglamento de la Ley N° 29785 nos legitiman a interponer la presente acción de amparo a fin de inaplicar para los pueblos indígenas pertenecientes a la Organización Nacional de Mujeres Indígenas Andinas y Amazónicas del Perú y la Confederación Nacional Agraria – CNA.

2.2. EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

La consulta previa se efectúa cuando una decisión normativa o administrativa pueda afectar derechos humanos de los pueblos indígenas, la autoridad estatal competente está obligada a informar adecuadamente a las comunidades nativas y campesinas, sus consecuencias probables y los mecanismos de participación indígena relevantes al respecto. En todo caso, cuando la decisión a tomar requiera el conocimiento de información o de documentos de cierta complejidad técnica, estos deberán ser redactados de manera que se facilite su comprensión, y en la lengua del pueblo indígena afectado y según su forma tradicional de comunicación a fin de que pueda ser comprendida plenamente por ellos. La autoridad competente está obligada a establecer plazos idóneos y deberá facilitar a cuenta del titular del proyecto, versiones simplificadas del estudio, sin perjuicio de recurrir a una asesoría calificada. La omisión de difusión de información adecuada previa a la decisión, es causal de nulidad.

El derecho a la Consulta Previa, se puede definir como el derecho que tienen los pueblos indígenas para que el Estado, dentro de un proceso de diálogo intercultural, les consulte sobre los proyectos de inversión que pueden afectar su vida, costumbres y territorio, y tiene por objeto efectuar un análisis consensuado sobre los posibles cambios, beneficios y/o perjuicios que dicho

proyecto tendría sobre su comunidad. La necesidad de implementar el derecho a la consulta previa ha sido evidenciada por el Relator Especial de Naciones Unidas cuando señalo sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, lo siguiente: "El ejercicio del deber de consultar a los pueblos indígenas debe ser interpretado de forma flexible, dependiendo de la medida objeto de la consulta, y de las circunstancias específicas de cada país, incluyendo la institucionalidad y procedimientos constitucionales. Los órganos internacionales de derechos humanos han desarrollado una serie de criterios que sientan los criterios mínimos y requisitos esenciales del deber estatal de la consulta a considerar para hacer operativa y válida la consulta en circunstancias específicas"[9]

La doctrina reconoce tres tipos de Consulta Previa: a) para medidas legislativas; b) **para medidas administrativas**, c) Para fines de exploración y explotación de recursos naturales. Dependiendo de la medida que se piense aplicar, la consulta podrá darse en uno o varios momentos, por ejemplo si la medida es legislativa será realizada la consulta en un solo momento, mientras que si se trata de una medida que implique actividad extractiva, está se hará en cada etapa determinante del proceso extractivo. Durante el desarrollo del proceso de consulta, se deberán ejecutar acciones adecuadas para que la participación de los representantes de los pueblos indígenas sea real y efectiva en el proceso de toma de decisiones de la entidad, teniendo en cuenta que su finalidad es llegar un acuerdo u obtener el consentimiento.[10]

2.3. PRONUNCIAMIENTO ANTE LA PROMULGACIÓN DE LOS DECRETOS LEGISLATIVOS 1192 Y 1210 NUEVO MARCO NORMATIVO PARA EXPROPIACIONES

La CNDDHH y las veinte (20) instituciones, entre las cuales se encuentra IDLADS PERÚ, litisconsorte facultativo, que conforman el Grupo de trabajo sobre Pueblos Indígenas expresamos nuestra preocupación ante la aprobación de normas que flexibilizan los estándares mínimos de protección de derechos humanos favoreciendo únicamente la promoción de inversiones. Frente a esta situación en junio del 2015, la CNDDHH emitió un pronunciamiento contra la delegación de facultades legislativas al Poder Ejecutivo otorgadas por el Congreso de la República. A octubre del presente año, podemos constatar que dichas facultades en el caso de los Decretos Legislativos 1192 y 1210, lo que han conseguido es seguir debilitando el marco normativo de los derechos humanos de los pueblos indígenas en base a lo siguiente:
(...)

3. **El Decreto Legislativo 1192, aprueba la Ley Marco de Adquisición y Expropiación de inmuebles, transferencia de inmuebles de propiedad del Estado, liberación de interferencias y dicta otras medidas para la ejecución de obras de infraestructura**. Esta medida instaura un nuevo régimen jurídico para los procesos de adquisición y expropiación de inmuebles que realiza el Estado. Tener un solo marco legal ante la dispersión de normas que se venían aprobando es saludable; pero hacerlo principalmente para impulsar las inversiones y las asociaciones público-privadas apartando a los jueces que son los que garantizaban y resolvían en última instancia un proceso expropiatorio, no solo es un error sino un acto que contraviene el ordenamiento jurídico, puesto que bajo esta norma no se quiere entender que la expropiación constitucionalmente es una norma de excepción, así lo determina la Constitución Política en su artículo 70.

4. El Decreto 1192 a lo largo de sus artículos contiene una redacción ambigua buscando normalizar los procedimientos de expropiación, despojándolos de su carácter excepcional. Por tanto, los procesos expropiatorios se incrementarán a partir de la declaratoria de necesidad pública, establecida de acuerdo a los criterios del gobierno de turno. Con lo que la necesidad o interés público carecerán de límites; es así que un proyecto de inversión privada o

[9] Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas. "Principios Internacionales Aplicables a la Consulta en Relación con la Reforma Constitucional en Materia de Derechos de los Pueblos Indígenas en Chile" 24 de abril de 2009.
[10] Informe N° 011-2009-DP/AMASPPI.PPI. p. 20.

asociación público-privada, que requiera de tierras urbanas o rurales puede acudir a un ministerio, un gobierno regional o local a tramitar una expropiación mediante un procedimiento ahora expedito, puesto que la actual ley tiene plazos fijos y cortos que buscan quitar cualquier obstáculo al proceso. Además la norma no hace ninguna diferenciación entre la expropiación de un bien inmueble en zona urbana y otro en el espacio rural. Ahí está el enorme riesgo para los territorios de pueblos indígenas que gozan de protección especial dada su histórica vulnerabilidad, en tanto que las comunidades no tienen cómo acreditar su derecho de propiedad pues no cuentan con títulos claros ni planos catastrales geo-referenciados, por lo que la propiedad de sus tierras y territorios se convierte en un derecho inseguro.

5. A esa situación hay que agregarle que después de tres semanas de aprobado el Decreto, apareció uno nuevo. Nos referimos al Decreto Legislativo 1210, cuyo único artículo modifica la décima disposición complementaria del D.L. 1192 la cual excluía las tierras y territorios de los pueblos indígenas u originarios. En esta modificación, de manera sospechosa, se retira lo relacionado a la afectación de derechos de propiedad y posesión de comunidades campesinas y nativas, quedando en evidencia lo que está detrás de esta norma. Este decreto no solo afectará a las comunidades, sino también a toda la ciudadanía, puesto que, contrario al espíritu constitucional, se abre la puerta para que las expropiaciones puedan ser utilizadas indiscriminadamente para incentivar la inversión como parte de una supuesta necesidad pública de todas y todos los peruanos.

6. Exigimos pues al Estado el respeto al marco de protección de los derechos humanos relacionados con tratados de derechos humanos, garantías constitucionales y leyes de ordinarias de protección de derechos. Por otra parte al Congreso de la República solicitamos reflexionar y vigilar hacia dónde nos conduce este camino sin control, de expedir y aprobar leyes inconsultas y parcializadas a favor de intereses privados que vulneran el derecho a la propiedad y la seguridad jurídica de los territorios de los pueblos indígenas, comunidades y pequeños propietarios.

Es evidente que esta norma al impactar sobre derechos territoriales de pueblos indígenas debió ser objeto de consulta previa esta manifiesta inconstitucionalidad de la norma es la razón por la que se solicita su inaplicación para las organizaciones indígenas demandantes.

2.4. PROPIEDAD INDÍGENA, EXPROPIACIONES Y LAS AFECTACIONES A LOS DERECHOS COLECTIVO OCASIONADAS POR EL DECRETO LEGISLATIVO 1333[11]

El Decreto Legislativo 1333 no solo viola el derecho constitucional a la propiedad en general sino que en particular vulnera el derecho al territorio de las comunidades y pueblos indígenas u originarios, denunció el Pacto de Unidad de Organizaciones Indígenas del Perú.

La cuestionada norma forma parte del paquete de 112 decretos legislativos promulgados por el Poder Ejecutivo en base a las facultades legislativas concedidas por el Congreso de la República. El D.L. 1333 crea un proyecto especial denominado APIP que facilitará el acceso a territorios del área rural, ya sean públicos o privados, formales o informales, para fomentar proyectos de inversión de "interés nacional".

El cuestionado decreto fue aprobado esta semana en el Grupo de Trabajo revisor de Decretos Legislativos en el Congreso de la República que preside la congresista fujimorista Ursula Letona, de la bancada Fuerza Popular.

También será tratado el viernes 10 de marzo por la Comisión de Constitución y Reglamento.

[11] SERVINDI. ¿Cómo funciona el DL 1333, conocido como "ley del despojo"? https://www.servindi.org/actualidad-noticias/07/03/2017/cna-y-organizaciones-indigenas-le-dicen-no-al-dl-1333-que-despoja (Consultado el 29 de abril de 2017)

Principales objeciones al D.L. 1333

Enfoque y propósito sesgado hacia la inversión. La norma tiene un marcado sesgo proinversión, dejando de lado otras consideraciones de derecho. En este sentido:

- **No precisa garantía ni límite sobre la propiedad y posesión.** El objetivo declarado es facilitar la ejecución de proyectos de infraestructura de gran envergadura, teniendo como base un concepto demasiado amplio como el "interés nacional".

- Toma como base una lista de proyectos contenida en la Ley 30025 y que se seguirá ampliando.

- La norma no precisa ninguna garantía, ni lìmite sobre la propiedad y posesión respecto al impacto de proyectos de infraestructura sobre la tierra y territorio de las comunidades y pueblos indígenas, ni tampoco sobre la de los pequeños propietarios y agricultores en general.

Crea un organismo con super facultades, creando conflicto de competencias. Crea el Proyecto Especial de Acceso a Predios para Proyectos de Inversión Priorizados (APIP) con un mandato bastante amplio para sanear física y legalmente las tierras y territorios.

- **Supercompetencias.** El APIP posee veinte competencias que entran en conflicto con otros órganos del Estado que poseen las mismas o similares competencias. De esta manera agrava el desorden en materia de saneamiento, sin armonizar con otros esfuerzos institucionales.

- **Se trata de un organismo ad hoc, sesgado hacia la inversión.** El APIP es un órgano ad hoc con el único propósito de sanear tierras a favor de la inversión. Depende de Proinversión, que a su vez responde el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF).

- **Superpoderes.** El APIP puede "elaborar y rectificar los planos aprobados por entidades estatales o rectificar áreas, medias perimétricas y linderos de los predios de propiedad privada que presenten supuestas superposiciones con predios que son objeto de las acciones de saneamiento físico- legal de la propiedad."

- **El APIP puede declarar la prescripción adquisitiva.** Esta facultad solo se puede hacer mediante proceso judicial pero con el nuevo decreto ahora lo podría determinar la APIP.

- **Poder de reubicar poblaciones.** El APIP puede definir la necesidad de la reubicación de pobladores. Cabe destacar que en el caso de los pueblos indígenas este tipo de medidas solo se puede hacer mediante el consentimiento previo e informado con los pueblos indígenas.

- **APIP puede convocar asambleas.** Si se refiere a las asambleas de las comunidades se estaría violando el artículo 89 de la Constitución Política respecto a la autonomía organizativa de las comunidades campesinas y nativas.

- **Subordina a otras entidades.** La norma ordena a una serie de instituciones a ponerse al servicio de la APIP, bajo responsabilidad del funcionario. Entre las instituciones se menciona a la Superintendencia de Bienes del Estado, a la SUNARP, al COFOPRI e incluso a la Policía Nacional para casos de desalojo en los procesos de saneamiento.

- **Sobreprotege a los funcionarios de la APIP.** Las denuncias penales contra funcionarios de la APIP requieren de la opinión fundamentada de la propia APIP. De esta manera menoscaba la división de poderes y debilita al Ministerio Público, la Policía Nacional y el Poder Judicial.

Va más allá de la Constitución y el Estado de derecho.

En este sentido:

- **No respeta derechos adquiridos de propiedad, posesión, ocupación o tenencia**. La norma establece que serán sujetos de saneamiento por el APIP tanto predios "formales e informales, públicos o privados".

- **Genera una inseguridad jurídica.** Contraviene la normativa especial en materia de saneamiento físico legal, y las diferentes competencias de instituciones como la SUNARP y los gobiernos regionales.

- **Va más allá de la Constitución y quiebra el ordenamiento jurídico**. Como lo expone el documento del Pacto de Unidad de Organizaciones Indígenas del Perú elaborado por el abogado Luiz Hallazi estamos ante una norma que va más allá de la Constitución Política del Estado y que incluso quiebra el ordenamiento jurídico en aras de promover las inversiones.

- **No respecta el conducto regular de legislación**. El D.L. 1333 no está concebido por un conducto regular; sino que es producto de la excepción de una regla, mediante paquetes normativos elaborados fuera del Congreso, a través de facultades excepcionales otorgadas al Ejecutivo. Esta modalidad es un abuso por medio del cual se restringe o suspende el ejercicio de los derechos constitucionales relativos en este caso a la propiedad privada para favorecer a las inversiones.

- El procedimiento especial de saneamiento resulta un andamiaje normativo que permite y autoriza la "intrusión" y la "explotación" de los recursos naturales en el territorio de los pueblos indígenas y titulares particulares.

Referencia a pueblos indígenas

El D.L. 1333 pretende poner un supuesto parche al interés indígena en la Cuarta Disposición Complementaria y Final cuando menciona que el APIP solicitará información al Ministerio de Cultura sobre la presencia de pueblos indígenas u originarios en el ámbito de proyectos de inversión priorizados.

Sin embargo, la citada alusión no garantiza la propiedad y posesión sobre las tierras de las comunidades campesinas y nativas debido a que el Ministerio de Cultura no es el ente rector en materia de tierra de comunidades. Lo es el MINAGRI a través de la DISPACR.

Además existe una deuda de titulación comunal pendiente que el Estado peruano no resuelve, por lo que muchas tierras y territorios se encuentran jurídicamente desprotegidos y podrían ser afectados por el APIP.

Otro factor es que Viceministerio de Interculturalidad tiene una seria debilidad institucional para garantizar los derechos de los pueblos originarios.

2.5. RESPECTO AL PRONUNCIAMIENTO PÚBLICO DEL PACTO DE UNIDAD Y LAS AFECTACIONES A DERECHOS INDÍGENAS DEL DECRETO LEGISLATIVO 1333

El Pacto de Unidad es una articulación estratégica de organizaciones indígenas nacionales cuya finalidad es fortalecer el movimiento indígena nacional y construir propuestas unitarias en camino hacia el ejercicio de la libre determinación, el Buen Vivir y la Vida Plena de los pueblos y las comunidades originarias del Perú.

Bajo la denominación genérica de pueblos indígenas u originarios se comprende a diversas formas o modalidades cómo éstos se organizan y que se expresan en: comunidades campesinas y nativas, rondas campesinas, organizaciones y federaciones agrarias, entre otras, que se reconozcan y auto-identifiquen como originarias.

El Pacto de Unidad está conformado por las siguientes organizaciones:

- Confederación Nacional Agraria (CNA).
- Confederación Campesina del Perú (CCP).
- Organización Nacional de Mujeres Indígenas Andinas y Amazónicas del Perú (ONAMIAP).
- Unión Nacional de Comunidades Aymaras (UNCA).
- Federación Nacional de Mujeres Campesinas, Artesanas, Indígenas, Nativas y Asalariadas del Perú(FENMUCARINAP).
- Central Única Nacional de Rondas Campesinas (CUNARC).

El Pacto de Unidad se opone al Decreto Legislativo 1333 y ha hecho público su rechazo por afectar derechos territoriales indígenas de la siguiente forma:[12]

"El Gobierno de Pedro Pablo Kucszinsky, en apenas 7 meses de gestión, ha aprobado 112 decretos legislativos sin debate ni participación de la ciudadanía, muchos de ellos lesivos de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, como el derecho a la consulta y consentimiento previo e informado, y sobre todo derechos territoriales irrenunciables.

Uno de ellos es el Decreto Legislativo Nº 1333, p*ara la simplificación del acceso a predios para proyectos de inversión priorizados,* que constituye una grave amenaza para las tierras y el territorio de las comunidades y los pueblos indígenas de nuestro país. A través de esta norma se crea el Proyecto Especial de Acceso a Predios para Proyectos de Inversión Priorizada – APIP, institución adscrita a PROINVERSION, con atribuciones para el saneamiento físico-legal de tierras públicas, privadas y comunales, por encima de las competencias del Ministerio de Agricultura y Riego, COFOPRI y de los Gobiernos Regionales. Todo con el fin de avalar los procesos de titulación y despojo de las tierras que demandan los proyectos de la gran inversión privada (infraestructura, minería, hidrocarburos, agroindustria, industria maderera, etc.), poniendo al Estado Peruano a su servicio y desestabilizando aún más nuestra precaria democracia.

Estando a punto de celebrar el Bicentenario, el Estado peruano se niega a saldar la deuda histórica de titulación comunal que permite asegurar las tierras y el territorio de los pueblos indígenas. Recordemos que existen más de 3 mil comunidades campesinas y nativas que no contamos con título de propiedad y aquellos que contamos con uno, no tenemos garantizada la seguridad jurídica del territorio que ancestralmente poseemos; a pesar de lo cual se promueve esta reforma estructural y silenciosa del acceso a la tierra, con el recurrente pretexto de "promover el crecimiento económico", en el marco de un modelo de inversión que es permeable a la corrupción.

Esta situación agravará los conflictos sociales, pues las comunidades, pueblos y organizaciones indígenas y rurales defenderemos legítimamente nuestros derechos territoriales de esta nueva amenaza.

El Congreso de la República no puede ser cómplice de este nuevo atropello contra los derechos de los pueblos indígenas, reconocidos por el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derecho de los Pueblos Indígenas. Corresponde, en lo inmediato, al Grupo de Trabajo liderado por la Congresista Úrsula Letona asumir esta tarea.

EXIGIMOS, por tanto, que el Congreso derogue el D.L. 1333, y DEMANDAMOS al Ministerio de Economía y Finanzas, PROINVERSION y sus operadores, desistir de reglamentar este Decreto lesivo a los derechos de pueblos indígenas, absteniéndose de cualquier intento de validar y avalar esta norma, manipulando los espacios de diálogo con las organizaciones y pueblos

[12] Pronunciamiento del Pacto de Unidad en enlace http://cna.org.pe/prensa.php?id=785 (Consultado el 29 de abril de 2017)

indígenas. En caso contrario las organizaciones indígenas nos DECLARAREMOS en pie de lucha y nos movilizaremos como históricamente lo hemos hecho. ***¡NO AL DESPOJO DE NUESTRAS TIERRAS Y TERRITORIO! ¡WAÑUCHUM DECRETO LEGISLATIVO 1333!"***

2.6. RESPECTO AL PRONUNCIAMIENTO PÚBLICO DE LA CONFEDERACION NACIONAL AGRARIA Y LAS AFECTACIONES A DERECHOS INDÍGENAS DEL DECRETO LEGISLATIVO 1333[13]

La Confederación Nacional Agraria – CNA, como representante de comunidades campesinas, pequeños agricultores y pueblos originarios del Perú, expresa su honda preocupación por los recientes Decretos Legislativos que el gobierno ha promulgado para efectos de promover la reactivación económica, el reordenamiento de la extracción petrolera y temas referentes a los derechos sociales de los peruanos y peruanas.

Dentro de los nuevos 112 decretos legislativos hallamos unos que atentan directamente contra el derecho a la vida y al desarrollo dentro de nuestras tierras y territorios. Es de subrayar el DL N°1333 que dispone la creación del **Proyecto Especial de Acceso a Predios para Proyectos de Inversión Priorizados –APIP**, dependiente de la Agencia de Promoción de la Inversión Privada –

PROINVERSIÓN. Sobre este punto, expresamos lo siguiente:

- Consideramos la creación del APIP como un atropello a nuestros territoriales. Este es solo un proyecto, pero Estado le ha otorgado poderes omnímodos para sanear física y legalmente las tierras que considere sean de prioridad para la inversión. Incluso en este afán, el APIP puede convocarnos a asamblea comunal y decidir el desplazamiento de nuestros pueblos. Hecho que viola nuestro derecho a la autonomía comunal y a la vida plena que ancestralmente desarrollamos sobre nuestros territorios, derechos claramente estipulados en leyes nacionales y en el Convenio 169 de la OIT.
- La titulación de nuestros territorios y el saneamiento físico y legal es una deuda histórica que por años venimos reclamando para formalizar la posesión ancestral de nuestros territorios. Esta potestad otorgada al APIP hecha por abajo los esfuerzos del mismo Estado por solucionar nuestras demandas. El APIP estaría usurpando las labores del MINAGRI y los Gobiernos Regionales, y desestimando las acciones que estamos haciendo las organizaciones indígenas por lograr la titulación colectiva de nuestros territorios, como ocurre con la incidencia dentro del PTRT3.
- El APIP incluso se atribuye el trato directo con los dueños de las tierras y territorios, para que, a nombre de los ministerios o las autoridades locales, pueda negociar la obtención de predios para las obras de inversión. En adición a ello, si no llega a concretar el acceso a los predios, demanda que nuestras autoridades ejecuten su capacidad de expropiación.
- Además, con este decreto ley se está comprometiendo la incursión de las fuerzas policiales para fundamentar desalojos a nombre de los grandes proyectos de inversión. Es decir, sí o sí, con o sin violencia, pretenden hacerse con nuestras tierras.
- Así mismo, nos preocupa que en sus disposiciones finales el decreto busque soslayar la vulneración a los derechos indígenas resolviendo que el APIP recurrirá al Ministerio de Cultura para saber de los territorios indígenas; cuando conocemos de las debilidades que tiene esta entidad para documentar a nuestros pueblos y comunidades.

Es vergonzoso saber que cuando se trata de la gran inversión, el Estado haga un gran despliegue por ordenar las tierras y territorios con el único fin de aprovechar nuestra riqueza natural. Los pueblos indígenas u originarios, organizados en comunidades nativas y campesinas, estamos

[13] Pronunciamiento de la Confederación Nacional Agraria (CNA) en enlace httphttp://cna.org.pe/prensa.php?id=781 (Consultado el 29 de abril de 2017)

cansados que solo se nos mire cuando hay de por medio grandes inversiones, y peor aún, cuando nuestra voz y nuestros derechos no son tomados en cuenta.

Advertimos que es larga la lista de decretos que vulneran nuestros derechos colectivos: DL 1330, DL 1283, DL 1292, DL 1293, DL 1319, entre otros. Muchos de ellos ofrecen retrocesos normativas que el Estado ha sacado adelante gracias a procesos de Consulta Previa donde hemos aportado los pueblos indígenas, como es el caso de la Ley Forestal. Recordamos que esta alarmante forma de gobernar, a costa de *paquetazos*, generó el fatídico *Baguazo* y puede ser foco de próximos conflictos sociales.

Por este motivo, hacemos un llamado a las fuerzas vivas del movimiento indígena y campesino para no dejarnos sorprender por estas normas, que no son más que la continuidad de los abusos que venimos recibiendo de nuestros gobernantes por promover una falsa idea de desarrollo y una trastocada idea de democracia, que nos vulnera y nos conduce a costa de paquetazos.

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO:

3.1. RESPECTO A LA LEGITIMIDAD PARA OBRAR POR INTERESES DIFUSOS Y COLECTIVOS DE LOS DEMANDANTES EN DEFENSA DEL CUMPLIMIENTO DE LA CONSULTA PREVIA

El artículo 40 del Código Procesal Constitucional, aprobado por la Ley Nº 28237, acoge un tipo de legitimidad colectiva o especial en cuanto permite que cualquier persona pueda accionar judicialmente a fin de tutelar por derechos colectivos o difusos como medio ambiente u otros derechos difusos como sería el caso del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas afectados por la medida administrativa de aprobación de estudios de impacto ambiental detallados por parte del SENACE.

Ello implica que la persona natural o jurídica que gestiona e interpone la demanda puede formar parte de la comunidad que se ve afectada de manera inmediata o ser un sujeto ajeno a tal asociaciones sin fines de lucro que desarrollan actividad relativa a la temática ambiental o indígena para que puedan actuar en defensa de la comunidad como en este caso son los demandantes conformados por miembros de comunidades indígenas y campesinas.

Asimismo el artículo 67 del Código Procesal Constitucional establece que cualquier persona podrá iniciar el proceso constitucionales cuando se trate de la defensa de derechos con intereses difusos o colectivos, aquí la legitimación corresponderá a cualquier persona como en este caso sería la defensa del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en el Perú en el ámbito de la aprobación de decretos legislativo que aprueba el Presidente de la República afectando derechos colectivos de los pueblos indígenas.

3.2. RESPECTO A LA FIGURA DE LA "INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN" EN LA JURISPRUDENCIA DEL TC Y LA OMISIÓN DE CONSULTA PREVIA EN LA APROBACIÓN DE DECRETOS LEGISLATIVOS 1192, 1210 Y 1333

En el considerando 10 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaído en el Exp. Nº 05427-2009-PC/TC, el Colegiado considera que el hecho de que el mandato cuyo cumplimiento se pretende se encuentre inserto en un tratado de derechos humanos y ostente, por ello, rango constitucional, antes que ser un impedimento para el cumplimiento exigido, representa más bien un *argumento de fuerza* para requerir judicialmente su efectivización. Y es que si en nuestro ordenamiento se brinda adecuada protección al *derecho a la efectividad de las disposiciones legales o los actos administrativos*, con mayor razón se puede exigir, a través de este proceso, se tutele el derecho a convertir en realidad jurídico-constitucional aquello que está inscrito en una norma de rango constitucional. Dicho en otras palabras, lo establecido en el Convenio 169 es de obligatorio respeto y cumplimiento por parte de nuestras autoridades.

En ese sentido la obligación de consultar toda medida legislativa o administrativa a los pueblos indígenas recae también en la medida administrativa que aprueba los estudios de impacto ambiental, máxime si en dicho documento se encuentra inserto las obligaciones socioambientales que debe respetar cumplir el titular de la actividad económica, así como los estándares ambientales a los que se va a sujetar el proyecto de inversión. Sin duda su contenido es de suma importancia porque impacta directamente sobre los derechos de los pueblos indígenas.

Tanto es así que en distintos sistemas constitucionales comparados, esta exigencia jurídico-constitucional de controlar las omisiones normativas en que puedan incurrir las autoridades competentes y que originan como resultado la vulneración de los derechos fundamentales de las personas, fenómeno que en doctrina constitucional se conoce como la **"inconstitucionalidad por omisión"**, ha sido recogido en diversos textos constitucionales, donde se ha habilitado un proceso específico para este fin, como es el de la **"acción de inconstitucionalidad por omisión"**. Así, ha sucedido por ejemplo en el caso de la Constitución de Portugal que lo ha regulado en el artículo 283; la Constitución brasileña que lo prescribe en el artículo 103.2; la Constitución de Venezuela que lo contempla en el artículo 336.7; la Constitución de Ecuador que lo recoge en el artículo 436.10; la Ley 7315/1989, Ley de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica, que lo regula en el artículo 73.f; la Ley XXXII, Ley de Organización y Funcionamiento del Tribunal Constitucional de Hungría, que lo prevé en el artículo 1.e); y, a nivel estadual, la Constitución de la Provincia de Río Negro en Argentina que lo desarrolla en el artículo 207.2.d; la Constitución del Estado de Chiapas en México, donde esta figura se ubica en el artículo 56, fracción III; la Constitución del Estado de Veracruz, también en México, que lo estipula en el artículo 65.III; la Constitución del Estado de Tlaxcala, en este mismo país, que lo recoge en el artículo 81.VI; y la Constitución del Estado de Quintana Roo que lo regula en el artículo 105.III.

El reconocimiento creciente en los ordenamientos constitucionales comparados de este instituto procesal como forma jurídica idónea para controlar las omisiones inconstitucionales en que puede incurrir la autoridad competente, encuentra sustento en el principio de fuerza normativa de la Constitución que atraviesa el paradigma mismo del Estado Constitucional contemporáneo. Así, el carácter normativo que la Constitución ostenta no sólo significa que las disposiciones en ella contenidas no sean infringidas o desconocidas por las autoridades, funcionarios o personas (que no se atente contra lo *constitucionalmente prohibido*), sino que aquellas *obligaciones* que ella señala, entre las que puede encontrarse la de desarrollar normativamente determinado precepto constitucional, sean cumplidas de modo efectivo y adecuado (que se cumpla con lo *constitucionalmente ordenado*). Sólo de esta manera puede garantizarse la plena y completa realización del proyecto constitucional que una comunidad política ha abrigado a través de su Norma Fundamental.

Como este Colegiado ya ha reconocido, para el caso de la exigencia del cumplimiento de las normas legales y los actos administrativos "el control de la **regularidad del sistema jurídico** en su integridad constituye un **principio constitucional básico** en nuestro ordenamiento jurídico nacional que fundamenta la constitucionalidad de los actos legislativos y de los actos administrativos (ambos en su dimensión objetiva), procurándose que su vigencia sea conforme a dicho principio. Sin embargo, no sólo basta que una norma de rango legal o un acto administrativo sea aprobado cumpliendo los requisitos de forma y fondo que le impone la Constitución, las normas del bloque de constitucionalidad o la ley, según sea el caso, y que tengan vigencia; es indispensable, también, que aquellas sean **eficaces**" (STC 0168-2005-PC/TC, FJ. 8).

Es en contexto de exigencia de regularidad del sistema jurídico, que no supone otra cosa que la manifestación de la fórmula del Estado de Derecho, esto es de un poder político sujeto a normas jurídicas, (lo cual incluye como es obvio la efectividad o capacidad de cumplimiento de dichas normas), donde se funda el *derecho a la efectividad de las normas legales y actos administrativos*, que este Colegiado ha recogido ampliamente a través de su jurisprudencia y que ha derivado del mandato contenido en el artículo 45 de la Constitución, según el cual ***"El poder del Estado***

emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las *limitaciones y* ***responsabilidades que la Constitución*** *y las leyes* ***establecen".*** En efecto, este Tribunal ha sostenido que: "Es sobre la base de esta última dimensión [de efectividad del ordenamiento jurídico] que, conforme a los artículos 3, 43 y 45 de la Constitución, **el Tribunal Constitucional reconoce la configuración del derecho constitucional a asegurar y exigir la eficacia de las normas legales y de los actos administrativos**" (STC 0168-2005-PC/TC, FJ. 9).

Precisamente, con base en el principio de regularidad del ordenamiento jurídico, el cual supone, como ya se dijo, la efectividad de las normas que conforman dicho sistema normativo, este Tribunal debe también reconocer la existencia de un **principio general de la efectividad de las disposiciones constitucionales.** Y es que si la eficacia inherente a toda norma jurídica se postula en relación a las normas legales y actos administrativos, con mayor razón deberá serlo también con relación a las normas constitucionales, que son las que ostentan la mayor jerarquía en nuestro ordenamiento jurídico. Dicho principio de efectividad de las disposiciones constitucionales se desprende, además, del propio carácter normativo del texto constitucional que, aunque contenga disposiciones abiertas cuyo contenido obligacional a veces es difícil determinar *prima facie*, también contiene determinadas normas-reglas de fácil explicitación, entre las que puede encontrarse la referencia expresa al desarrollo de una legislación determinada que dé cumplimiento a una norma constitucional.

Por otro lado, como se ha sostenido en la doctrina sobre la obligación de desarrollo normativo de la Constitución (que es una dimensión del principio más general de efectividad de las disposiciones constitucionales), en el contexto de un *Estado Social de Derecho*, que supera las clásicas restricciones del Estado liberal abstencionista, la necesidad de garantizar los objetivos de promoción del bienestar general contenidos en los textos constitucionales en forma de *derechos sociales*, requiere también la garantía de operativización de estas nuevas cláusulas constitucionales, lo cual supone, en primer lugar, la emisión de las normas necesarias que fijen el marco jurídico a partir del cual se diseñará la infraestructura institucional y material capaz de satisfacer estos derechos. Así lo ha señalado explícitamente el profesor español José Julio Fernández Rodríguez, quien ha sostenido que:

Ahora bien, la fundamentación de una *obligación constitucional* de desarrollo normativo de los mandatos positivos contenidos en el Texto Constitucional, tanto en consideraciones de la fuerza normativa de la Norma Fundamental, como en la eficacia inherente que toda disposición jurídica debe ostentar, y la necesidad de adecuar los cauces jurídicos del Estado de Derecho a la exigencia de las nuevas formas del Estado Social y de nuevos derechos fundamentales como los derechos culturales, se profundiza en contextos como los nuestros donde la renuencia de las autoridades y funcionarios a sujetarse a los mandatos de la Constitución puede originar verdaderas figuras de **"fraude a la Constitución"** o **"Constituciones nominales"**, que a lo único que conducen es al descrédito del modelo del Estado Constitucional de Derecho, las instituciones democráticas y el gobierno de las leyes, con el riesgo que ello conlleva de proliferación de la violencia social o de propuestas políticas que descreen de la democracia y que sólo pueden terminar en la anulación de todo el sistema de libertades de las personas.

La obligación impuesta al legislador o a otra autoridad estatal de desarrollar la Constitución no debe, sin embargo, ser entendida como una obligación rígida o invasiva de las competencias constitucionales asignadas a los órganos de producción normativa. Por el contrario, este Tribunal entiende que el rol del legislador u otra autoridad estatal en el desarrollo normativo de la Constitución no es una mera labor de *órgano ejecutor* de los mandatos dispuestos por la Norma Fundamental; le cabe pues al órgano normativo un margen amplio de *configuración* de las disposiciones constitucionales, con los límites que la Constitución impone, e incluso una cierta *discrecionalidad* en el *momento* en el cual realizar la labor de desarrollo normativo; sin embargo, este Tribunal también asume que dicho desarrollo discrecional de la competencia normativa no puede suponer tampoco una absoluta libertad normativa, pues ello sería tanto como dejar los propios derechos fundamentales en manos del legislador, sobre todo cuando estos

derechos requieren para su plena vigencia del desarrollo normativo llevado a cabo por éste o cuando requieren su actuación normativa para frenar situaciones de grave y manifiesta inconstitucionalidad.

La revalorización de los derechos fundamentales como "conquistas frente a la mayoría" o como "límites al poder político" exige pues asumir una postura según la cual el legislador o cualquier otra autoridad política tienen un límite en su libertad de configuración normativa de la Constitución, tanto en un sentido negativo (de respeto), como en un sentido positivo (de desarrollo normativo), lo cual supone necesariamente asignar a éste el *deber constitucional* de llevar a cabo dicho desarrollo, más aún cuando se presentan las circunstancias descritas en el párrafo anterior, como infravaloración de los derechos sociales o situaciones inconstitucionales.

En síntesis, como ha sido puesto de manifiesto por este Colegiado, el control de las omisiones legislativas inconstitucionales se sustenta en las siguientes razones de orden constitucional:

> "a) la necesidad de reivindicar el valor normativo de la Constitución, b) la reivindicación de la naturaleza "social" del Estado constitucional, en el entendido, de que los derechos tradicionalmente postergados o dejados al ocio del legislador son, por lo general, los derechos sociales; c) la necesidad de relacionar el poder constituyente con el poder constituido, permitiendo un desarrollo responsable de los contenidos de la Constitución; d) la naturaleza y rol actual que han asumido los Tribunales Constitucionales en su labor de defensa de lo que la Constitución ordena; y, e) finalmente, la necesidad de tomar en serio las "obligaciones constitucionales", en este caso, las que corresponden en esencia al legislador de cara a la vigencia y efectividad de los derechos fundamentales" [STC 0006-2008-PI/TC, FJ. 41].

En este marco situacional, este Colegiado aprecia con preocupación la incoherencia presente en nuestro ordenamiento jurídico, que ha habilitado un mecanismo procesal específico para lograr la efectividad de los mandatos contenidos en las leyes y en los actos administrativos, pero ha ignorado recoger un proceso que permita el control constitucional de las omisiones normativas inconstitucionales, con lo cual la eficacia de la obligación de cumplimiento de los mandatos constitucionales, específicamente de aquellos que prescriben la obligación de normar, se encuentra en el limbo de una falta de protección constitucional. Ello no quiere decir, sin embargo, que el sistema constitucional se encuentre desvalido o indefenso frente a las infracciones a la Constitución que se producen por omisiones normativas absolutas o relativas. Afirmar lo contrario sería tanto como reconocer que el carácter normativo de la Constitución es sólo un rótulo decorativo desprovisto de toda entidad sustancial.

Es por ello que pese a que en muchos países no se ha recogido la figura de la "acción de inconstitucionalidad por omisión", los tribunales, cortes o salas constitucionales han llevado a cabo a través de la jurisprudencia el control de dichas omisiones normativas inconstitucionales, integrando el ordenamiento de cara a solucionar el caso concreto, así como ordenando a la autoridad que corresponda la emisión de la regulación necesaria a fin de superar la situación inconstitucional producida. Concretamente y en épocas tempranas, el Tribunal Constitucional Federal alemán en la sentencia 26/1969, de 29 de enero de 1969 (*BVerfGE* 25, 167), declaró la omisión legislativa inconstitucional del régimen de derechos de los hijos ilegítimos, que por disposición del constituyente debían ser igualados por ley a los hijos legítimos. El transcurso de 20 años sin que se expida esta ley de desarrollo constitucional fue considerado suficiente por el Tribunal para declarar la comisión de esta infracción constitucional omisiva y proceder a ordenar a los órganos administrativos correspondientes equiparar los derechos de la hija ilegítima demandante y sus hermanos, a despecho de la falta de regulación legal, y exigir al legislador federal que supere dicha omisión legislativa en el lapso de la legislatura en curso.

Del mismo modo, la judicatura constitucional no sólo se ha enfrentado a la situación anterior de *inconstitucionalidad por omisión absoluta*, esto es, cuando el órgano de producción normativa

no ha expedido ninguna ley que desarrolle el precepto constitucional alegado, sino que también ha encarado el problema de las *inconstitucionalidad por omisión relativa*, que se producen cuando la norma que ha regulado determinado precepto constitucional ha excluido arbitrariamente de su ámbito de acción a un grupo de personas determinado, infringiendo el principio de igualdad, a través de la figura de la *arbitraria exclusión de beneficios*. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional español ha intervenido en el control constitucional de las omisiones normativas relativas, sobre todo a partir de la técnica de las *sentencias manipulativas*: 1) suprimiendo de un precepto de la Ley de la Seguridad Social la referencia de viuda, pues, a su juicio, sólo así se consigue que los viudos de las trabajadoras afiliadas a la Seguridad Social tengan el derecho a la pensión en las mismas condiciones que los titulares del sexo femenino (SSTC 103/1983, de 22 de noviembre, y 104/1983, de 23 de noviembre); 2) considerando nulo el inciso de un precepto del Decreto-ley de 2 de septiembre de 1955, sobre ampliación de prestaciones en el régimen del Seguro Obligatorio de la vejez e Invalidez (SOVI), en cuanto excluye a los viudos de la posibilidad de acceso a las prestaciones del SOVI (STC 142/1990, de 20 de septiembre); 3) decidiendo la nulidad de una previsión de la Ley de Arrendamientos Urbanos, en la medida en que excluye del beneficio de la subrogación *mortis causa* a quien hubiere convivido de modo marital y estable con el arrendatario fallecido (STC 222/1992, de 11 de diciembre), y 4) declarando la nulidad de una disposición de la Ley General de la Seguridad Social, en cuanto excluye a hijos y hermanos de pensionistas de jubilación o invalidez de una pensión o subsidio por muerte del pensionista cuyo subsidio permitía cubrir las necesidades propias y las de sus familiares o asimilados, atribuyendo la pensión solamente a hijas y hermanas (STC 3/1993, de 14 de enero) [FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: *La justicia constitucional: Una visión de Derecho Comparado*, T I, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 600-601].

En el presente caso el obrar omisivo del Poder Ejecutivo que consiste en omitir implementar la consulta previa antes de la aprobación de los decretos legislativos 1333 y otros que impactan en derechos colectivos de poblaciones indígenas y constituye una grave e inminente amenaza y cierta sobre el derecho a la propiedad comunal y la identidad étnica y cultural y el propio derecho de consulta previa de los pueblos indígenas previstos en los numerales 1 y 2 del artículo 6º, así como el numeral 2 del artículo 15 del Convenio 169 de la OIT, artículo 2 numeral 19 de la Constitución Política del Perú así como el artículo 2º y 3º de la Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originario, reconocido en el Convenio 169 de la OIT, Ley No 29785.

3.3. <u>RESPECTO A LA FACULTAD DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE APROBAR DECRETOS LEGISLATIVOS Y LA OBLIGACIÓN DE CONSULTAR CUANDO SE AFECTA PROPIEDAD INDÍGENA</u>

El artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial señala que es facultad normativa del Presidente de la República dictar Decretos Legislativos.- Son normas con rango y fuerza de ley que emanan de autorización expresa y facultad delegada por el Congreso. Se circunscriben a la materia específica y deben dictarse dentro del plazo determinado por la ley autoritativa respectiva. Son refrendados por el o los Ministros a cuyo ámbito de competencia corresponda. Los Decretos Legislativos entran en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial, salvo disposición contraria del mismo Decreto Legislativo que postergue su vigencia en todo o en parte. Esta es la razón por la que se le demanda y cuenta con legitimidad pasiva para obrar.

Adviértase que Cuando, de manera excepcional, el Poder Ejecutivo ejercite las facultades legislativas previstas en el artículo 104º de la Constitución Política del Perú, se consultará aquellas disposiciones del proyecto de Decreto Legislativo que impliquen una modificación directa de los derechos colectivos de los pueblos indígenas. El Poder Ejecutivo incluirá, en el pedido de delegación de facultades, un período adicional para el desarrollo del proceso de consulta de acuerdo al artículo 27.5 del Reglamento de la de la Ley Nº 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocido en el Convenio 169 de la

Organización Internacional del Trabajo aprobado por el DECRETO SUPREMO Nº 001-2012-MC.

Recordemos la Sétima Disposición Complementaria, Transitoria y Final del D.S. Nº 001-2012-MC que señala: El Estado brinda las garantías establecidas por Ley y por la Constitución Política del Perú a la propiedad comunal. El Estado, en el marco de su obligación de proteger el derecho de los pueblos indígenas a la tierra, establecido en la Parte II del Convenio 169 de la OIT, así como al uso de los recursos naturales que les corresponden conforme a Ley.

Así los Decretos Legislativos N° 1192 aprueba la Ley Marco de Adquisición y Expropiación de inmuebles, transferencia de inmuebles de propiedad del Estado, liberación de interferencias y dicta otras medidas para la ejecución de obras de infraestructura, y su modificación producida por el Decreto Legislativo N° 1210 así como el Decreto Legislativo No 1333, Decreto Legislativo para la simplificación del acceso a predios para proyectos de inversión priorizados contra el Presidente de la República, la Presidencia del Consejo de Ministros y Ministerio de Economía y Finanzas por haber aprobado y refrendado las referidas normas debieron ser consultados porque afectan derechos colectivos de propiedad comunal y posesión ancestral así como de identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas y el derecho de propiedad indígena incumpliendo el derecho a la consulta previa previsto en el artículo 6º del Convenio 169 de la OIT y así como el artículo 2 numeral 19 y 88 de la Constitución Política del Perú así como el artículo 2, 3 y 17 de la Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la OIT, Ley No 29785, y los artículo 27.5 y 27.6 del Reglamento de la Ley No 29785.

3.4. RESPECTO A LA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA PREVISTO EN EL ARTÍCULO 6 DEL CONVENIO 169

El Estado peruano ha suscrito la mayoría de tratados internacionales de derechos humanos sobre pueblos indígenas y minorías, así como los tratados de derecho internacional humanitario. De acuerdo a disposiciones internacionales[14] e internas[15] el Estado peruano está obligado a cumplir los tratados suscritos, reconociéndoles supremacía sobre la normatividad interna. Los instrumentos internacionales en materia de reconocimiento y respeto a los derechos colectivos de los pueblos indígenas establecen un conjunto de obligaciones para el Estado peruano.

Así, interesa resaltar que los Convenios de la OIT referidos a pueblos indígenas fueron introducidos con fuerza vinculante a nuestro ordenamiento jurídico, tales como los Convenio N° 107 y N° 169 de la OIT. Así, por la ratificación del Convenio 169 de la OIT el Estado peruano **se obligó** a respetar los derechos de los pueblos indígenas y adecuar la legislación nacional en favor de los mismos. El Artículo 2º del Convenio 169 OIT, prevé: ***"Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad. (...)"***. El artículo 4º, ***"Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados. (...)."***

Así los Decretos Legislativos N° 1192 aprueba la Ley Marco de Adquisición y Expropiación de inmuebles, transferencia de inmuebles de propiedad del Estado, liberación de interferencias y dicta otras medidas para la ejecución de obras de infraestructura, y su modificación producida por el Decreto Legislativo N° 1210 así como el Decreto Legislativo No 1333, Decreto Legislativo para la simplificación del acceso a predios para proyectos de inversión priorizados contra el Presidente de la República, la Presidencia del Consejo de Ministros y Ministerio de Economía y Finanzas por haber aprobado y refrendado las referidas normas debieron ser

[14] Ver: Artículos 26° y 27° de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Adoptada el 23 de mayo de 1969 y en vigor desde el 27 de enero de 1980).
[15] Ver: Artículos 55°, 56°, inciso 1, y 57° de la Constitución Política del Perú de 1993.

consultados porque afectan derechos colectivos de propiedad comunal y posesión ancestral así como de identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas y el derecho de propiedad indígena incumpliendo el derecho a la consulta previa previsto en el artículo 6º del Convenio 169 de la OIT y así como el artículo 2 numeral 19 y 88 de la Constitución Política del Perú así como el artículo 2, 3 y 17 de la Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la OIT, Ley No 29785, y los artículo 27.5 y 27.6 del Reglamento de la Ley No 29785.

Esta es la razón por la que solicitamos se ordene dejar inaplicar dichas normas relacionadas a expropiación de territorios que afectan a las comunidades nativas y campesinas pertenecientes a las organizaciones indígenas demandantes por vulnerar el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas y ordenar a la Presidente de la República y la Presidencia del Consejo de Ministros que cuando apruebe decretos legislativos que afectan derechos colectivos de pueblos indígenas cumpla con realizar la consulta previa prevista en el artículo 6º del Convenio 169 de la OIT y así como el artículo 2 numeral 19 y artículo 88 de la Constitución Política del Perú así como el artículo 2, 3 y 17 de la Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la OIT, Ley Nº 29785, y los artículo 27.5 y 27.6 del Reglamento de la Ley Nº 29785.

3.5. RESPECTO A LA VULNERACIÓN DEL DERECHO DE CONSULTA PREVIA EN LA LEY DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA A LOS PUEBLOS INDÍGENAS U ORIGINARIOS, RECONOCIDO EN EL CONVENIO 169 DE LA OIT, LEY Nº 29785

El Artículo 2 de la Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocido en el Convenio 169 de la OIT señala que el Derecho a la consulta "es el derecho de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados de forma previa sobre las medidas legislativas o administrativas que afecten directamente sus derechos colectivos, sobre su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo. También corresponde efectuar la consulta respecto a los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional que afecten directamente estos derechos. La consulta a la que hace referencia la presente Ley es implementada de forma obligatoria solo por el Estado."

El Artículo 3 de la Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, establece que la consulta previa tiene por finalidad "alcanzar un acuerdo o consentimiento entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios respecto a la medida legislativa o administrativa que les afecten directamente, a través de un diálogo intercultural que garantice su inclusión en los procesos de toma de decisión del Estado y la adopción de medidas respetuosas de sus derechos colectivos."

3.6. RESPECTO AL DECRETO LEGISLATIVO 1192 QUE AFECTA EL DERECHO DE PROPIEDAD INDÍGENA Y POSESIÓN ANCESTRAL

Lo primero que la norma cuestionada ha sido criticada por la doctrina nacional por afectar el derecho de propiedad especialmente por miembros destacados de estudios jurídicos y la academia así tenemos los siguientes documentos que recogen dichas opiniones:

a) El abogado Juan Miranda Costa en su artículo publicado en el Comercio, titulado: "El Decreto Legislativo 1192" consultado el 29 de abril de 2017 en enlace: http://elcomercio.pe/opinion/colaboradores/decreto-legislativo-1192-juan-miranda-costa-noticia-1844977 se pronuncia sobre **la constitucionalidad del decreto legislativo ha dicho:**

"El Estado solo por excepción debe apropiarse de los bienes privados, siguiendo un proceso que la Constitución llama expropiación. Este tiene requisitos legalmente invulnerables, y debe ser

supervisado y resuelto, en términos definitivos, por los jueces de la República o, en ciertos casos, por tribunales arbitrales.
Al aprobar el Decreto Legislativo 1192, Ley de Expropiaciones para la Ejecución de Obras de Infraestructura, el Ejecutivo ha alterado estas reglas. Incorpora normas inconstitucionales y crea un procedimiento, no ante los jueces sino de la misma entidad que expropia, lo que le da el carácter de juez y parte, condición peligrosa en un Estado de derecho.

En uso de sus atribuciones, el Parlamento debería derogar este decreto, restablecer la legislación previa o reformarla con la incorporación de algunas novedades útiles revisadas para garantizar su constitucionalidad. La expropiación es una institución constitucional y no busca promover la inversión, sino privar de su propiedad al dueño, por razones de seguridad nacional o necesidad pública.

Un primer tema en debate es si la Ley 30335, al delegar al Ejecutivo la facultad de legislar en materia económica para promover la inversión, ha incluido en esa lista el cambio de la ley de expropiaciones.

El procedimiento de expropiación, en este dispositivo, es realizado por el propio Ejecutivo. Si bien una ley del Legislativo declarará la necesidad pública de expropiar para hacer una determinada obra de interés nacional, la determinación de cuáles son los bienes individualizados que se expropiará, cuánto se pagará, cómo se inscribirá la transferencia de propiedad al Estado y cuándo deberá dejar su inmueble el propietario, todo lo decide solo la administración pública.

Los jueces solo tendrán la oportunidad, posterior a los hechos, de revisar la valorización que hizo la administración pública para apropiarse del bien expropiado. Ni siquiera se autoriza que el estudio de los daños causados por la expropiación sea revaluado y, de ser el caso, corregido por el juez.

El decreto legislativo está mal hecho, es contradictorio y poco organizado. Por ejemplo, su artículo 1 dice que se aplica a las expropiaciones para la ejecución de obras de infraestructura, pero su dispositivo 24.1 señala que todas las expropiaciones a que se refiere la Constitución se rigen por sus normas.

Además, el artículo 70 de la Constitución dice que la expropiación se hace "previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio". Sin embargo, el dispositivo 13.3 del Decreto Legislativo 1192 anota que "la indemnización justipreciada es el valor de la tasación, constituyendo el precio a pagarse por todo concepto" al expropiado.

Finalmente, está el error de considerar en el artículo 27 que si la entidad pública que expropia consigna el pago (determinado por ella misma), ya se considera que ha cumplido con el "previo pago en efectivo" que ordena el artículo 70.

Si hay que mejorar la legislación de expropiación, el Parlamento puede tomar muy rápidamente las cosas positivas que se puede incorporar a la ley ahora derogada por este decreto legislativo y aprobar un texto bien hecho, eficiente, de ejecución rápida y de validez constitucional. El Decreto Legislativo 1192 es, definitivamente, un error y un exceso."

b) El profesor de Derecho Civil de la PUCP en su artículo "Expropiando ilusiones y el Decreto Legislativo 1192" consultado el 29 de abril de 2017 en enlace http://enfoquederecho.com/civil/expropiando-ilusiones-y-el-decreto-legislativo-1192/dice:

"El artículo 70 de la Constitución señala que la propiedad es inviolable, siendo que solo puede privarse de la misma por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y

previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio.

La práctica hizo que, un procedimiento que no debiera ser muy complicado conceptualmente, se volviera largo, injusto e ineficiente. El Estado, teniendo esta herramienta a su favor, no ha sido preciso en su aplicación. Tómese en cuenta el caso de Machu Picchu que, señalándose que forma parte del Estado, fue expropiado por el mismo, con lo cual, queda la duda de ¿cómo se va a expropiar un bien que forma parte del Estado? Esto dio mérito a las diversas demandas sobre nuestro patrimonio cultural, el cual por errores innecesarios ha complicado la posición del Estado.

A fin de ser más expeditivos con el procedimiento de expropiación, el Poder Ejecutivo dio esta norma, quizá con buenas intenciones, pero que lamentablemente pueden generar diversas dudas en su desarrollo.

¿PRIVACIÓN DE LA PROPIEDAD O VENTA FORZOSA?

Esta pregunta no es ociosa, dado que el derecho fundamental afectado es distinto. En el ámbito de la privación de la propiedad afectamos la titularidad de la propiedad en sí; y en la venta forzosa, afectación a la autonomía privada.

Por ubicación, probablemente consideramos que nos encontramos en un supuesto de privación de la propiedad, con el argumento adicional de que el propio artículo 70 de la Carta Magna señala "A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por ... (...)" Con lo cual en ciertos supuestos excepcionales sí se puede privar de la propiedad.

Téngase en cuenta la expropiación en la norma 27117 derogada por el actual Decreto Legislativo, la cual era definida como la transferencia forzosa del derecho de propiedad privada, autorizada únicamente por ley expresa del Congreso en favor del Estado, a iniciativa del Poder Ejecutivo, Regiones o Gobiernos Locales y previo pago en efectivo de la indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio (artículo 2º de la Ley General de Expropiaciones, Ley Nº 27117).

En el mismo sentido, la actual norma define:
"4.4. **Expropiación:** Es la transferencia forzosa del derecho de propiedad privada sustentada en causa de seguridad nacional o necesidad pública, autorizada únicamente por ley expresa del Congreso de la República a favor del Estado, a iniciativa del Gobierno Nacional, Gobiernos Regionales o Gobiernos Locales y previo pago en efectivo de la indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio, conforme al artículo 70 de la Constitución Política del Perú y las reglas establecidas en el presente Decreto Legislativo."

Téngase en cuenta que al ser una manifestación de heteronomía privada del Estado, y al afectarse el poder de disposición del titular de forma excepcional, esta debe ser cubierta de todas las garantías posibles, siendo que debe existir previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio.

¿QUÉ SE DEBE INDEMNIZAR?

Queda claro que en este caso no existe resarcimiento, toda vez que no existe antijuridicidad. Sin embargo, se señala de forma expresa en la Constitución que debe existir una indemnización justipreciada además de la compensación por el perjuicio. Una primera lectura nos dice que estamos frente a la retribución por el valor del bien y, adicionalmente, a la compensación por los daños ocasionados.

El tipo de daños no se especifica de forma expresa; sin embargo, deja espacio para que vía legal se precisen los mismos. Téngase en cuenta que puede incluir tanto daños patrimoniales como daños morales.

El dispositivo normativo actualmente nos indica en su artículo 13 que la tasación incluye:

- El valor comercial del inmueble: Incluye los valores de terreno, de edificación, obras complementarias y plantaciones, de ser el caso.

- El valor del perjuicio económico: Incluye la indemnización por el eventual perjuicio, que comprende únicamente al lucro cesante y daño emergente, siempre que se encuentren acreditados o cuenten con un informe debidamente sustentado. No procede indemnización de carácter extrapatrimonial. El monto de la indemnización incluye, entre otros, el resarcimiento de los gastos tributarios, incluyendo el Impuesto a la Renta. Asimismo incluye los gastos de traslado de bienes dentro del territorio nacional en que deberá incurrir el Sujeto Pasivo como consecuencia de la Adquisición o Expropiación, como parte del daño emergente.

Consideramos correcto que en este caso no se indemnicen los daños extrapatrimoniales, dado que el procedimiento no es producto de un supuesto de responsabilidad civil. Sin embargo, nos queda la duda de si procede la indemnización en los casos de costo de oportunidad o pérdida de la probabilidad. Si se asume que ambos forman parte del daño emergente, quizá la norma no se ha puesto en dicho supuesto pero a partir de lo señalado en el dispositivo normativo se puede entender que sí debe incluirse. Por ejemplo, la inversión de un empresario que adquiere un bien, y que en 5 años piensa recuperar su inversión producto del negocio que ha implementado en el predio expropiado.

No obstante lo antes mencionado, la Quinta Complementaria Final abre un flanco de diversas dudas sobre lo antes mencionado:
Quinta.- Con la inscripción de la Adquisición o Expropiación, el registrador, bajo responsabilidad, debe levantar las cargas y gravámenes que existan sobre el bien inmueble y se extinguen en los acuerdos y todos los contratos que afecten la propiedad. Los acreedores pueden cobrar su acreencia con el valor de la tasación pagado directamente o vía consignación al Sujeto Pasivo.

En principio indica que deben levantarse todas las cargas y gravámenes del predio bajo responsabilidad.

Es más, artículos anteriores señala:

41.4 Cuando existan cargas y gravámenes sobre el bien inmueble y/o edificación, la entidad o empresa estatal titular del inmueble o titular del proyecto, debe solicitar ante el Juez la sustitución de la carga y gravamen, ofreciendo una garantía a resultas de lo que decida finalmente el Poder Judicial. La sustitución de la carga y gravamen debe ser valorada por el Juez.

Esto se puede plantear para gravámenes que tienen como fuente la autonomía privada, pero para cargas que tienen fuente legal o lo son por naturaleza.

Imagínense un supuesto de servidumbre natural, o servidumbre legal. ¿El juez va a poder levantar esto? Si pasan tuberías por dicho predio, de un momento a otro ello va a desaparecer del registro como acto de magia porque así lo diga el procedimiento? ¿Y a estas personas que tienen a su favor las cargas y los gravámenes no se les va indemnizar? El dispositivo normativo señala que "(...) Los acreedores pueden cobrar su acreencia con el valor de la Tasación pagado directamente o vía consignación al Sujeto Pasivo.(...)". Una servidumbre legal, natural, una carga técnica son ¿acreencias?

Podemos entender la intención de que se viabilicen los proyectos de inversión, pero hay que tener en cuenta el marco legal para no afectar innecesariamente derechos."

3.7. RESPECTO A LOS DERECHOS COLECTIVOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS AFECTADOS POR EL DECRETO LEGISLATIVO N° 1333

Las organizaciones demandantes hacen suyo el análisis del abogado Luis Hallazi, Coordinador del Colectivo/Campaña Territorios Seguros para las Comunidades del Perú, Instituto del Bien Común-IBC consultado el 29 de abril de 2017 en el enlace: http://www.observatoriotierras.info/sites/default/files/Informe%20Decreto%20Legislativo%201333_%20Territorios_Seguros.pdf.

La norma dice que para que se declare proyectos de inversión priorizado se necesitara de un Decreto Supremo refrendado por el Ministerio de Economía y el titular del sector competente; también menciona que los gobiernos regionales pueden realizar esta solicitud. El artículo no precisa ninguna garantía, ni límite sobre la propiedad y posesión (art. 70 de la Constitución), respecto al impacto de proyectos de infraestructura sobre la tierra y territorio de las comunidades y pueblos indígenas (art 88 de la Constitución), ni tampoco sobre la de los pequeños propietarios y agricultores.

Además, el artículo es confuso pues sigue generando inseguridad jurídica respecto a conceptos jurídicos indeterminados como "interés nacional" y "gran envergadura" pero además introduce un nuevo concepto indeterminado "proyectos de inversión priorizados". No es claro respecto sí se necesita estar dentro de la lista de la Ley 30025 y si solo esos proyectos pueden ser declarados "proyectos de inversión priorizados".

Se crea el Proyecto Especial de **Acceso a Predios para proyectos de Inversión Priorizados (APIP)**, generando un conflicto de competencias con otros órganos del Estado que tiene el mandato legal de sanear física y legalmente las tierras y territorios ya sean de comunidades, pequeños propietarios o tierras públicas en general. En el caso de comunidades campesinas y nativas, el ente rector nacional para el saneamiento físico legal es la Dirección de Saneamiento de la Propiedad Agraria y Catastro Rural- DISPACR, dirección que se encuentra en el Ministerio de Agricultura (Decreto Supremo 001-2013-AG); siendo el órgano ejecutor de dichos procedimientos de saneamiento los Gobiernos Regionales a través de la Dirección Regional de Agricultura DRA de acuerdo al proceso de descentralización instaurado, dispuesto por el Capítulo XIV del Título IV de la Constitución Política del Perú y la Ley N° 27783, Ley de Bases de la Descentralización; la Ley N° 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, la Ley 2 Ley 30025, Ley que Facilita la Adquisición, Expropiación y posesión de bienes inmuebles para obras de infraestructura; esta norma fue derogada en parte por el Decreto Legislativo 1192.

La Ley del Sistema de Acreditación de los Gobiernos Regionales y Locales; donde se transfirió la función específica sobre saneamiento físico legal de la propiedad agraria, establecida en el literal n) del artículo 51 de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales. Por otro lado esta nueva institución APIP es un órgano ad hoc para el saneamiento únicamente para proyectos de inversión priorizados; desconociendo todos los esfuerzos institucionales del Estado y de las organizaciones indígenas, cooperación internacional para avanzar y entregar derechos (titular) a las comunidades del Perú. Pero además, esta nueva institución puede adjudicar tierras a proyectos de inversión así tengan títulos comunales, a través de la rectificación de áreas si presentan superposiciones con proyectos priorizados (Art. 3 inc. d)). A esta situación hay que agregarle que actualmente vienen implementándose al menos 9 proyectos con componentes de saneamiento físico-legal para comunidades, que cuentan con financiamiento de organizaciones internacionales como el BID a través del PTRT-3 o la Declaración Conjunta de Intenciones entre el gobierno alemán, noruego y peruano, financiado por los dos primeros países; además de otros proyectos que lamentablemente no están coordinando con el ente rector en materia de tierras rurales; por lo que este nuevo proyecto especial impulsado por PROINVERSIÓN traería mayor caos en los territorios de comunidades.

Las 20 competencias entregadas en este artículo entran en conflicto con otras instituciones que por mandato normativo tienen también las mismas competencias y que en un corto plazo generará mayor desorden en materia de saneamiento de tierras con consecuencias que generarán conflictos en los territorios por las siguientes razones jurídicas.

No se respetan los derechos adquiridos de propiedad, posesión, ocupación, tenencia de las comunidades campesinas y nativas en los predios donde hay un interés por parte de proyectos de inversión, puesto que la norma menciona que serán sujetos de saneamiento predios "formales e informales, públicos o privados". Además muchas de las funciones de este nuevo órgano APIP le corresponden a las Direcciones Regionales Agrarias- DRA, de los Gobiernos Regionales.

Genera una inseguridad jurídica al contravenir toda la normativa especial en materia de saneamiento físico legal, y las diferentes competencias de instituciones como la SUNARP, Gobiernos Regionales al otorgar la función que tendrá el APIP de "elaborar y rectificar los planos aprobados por entidades estatales o rectificar áreas, medias perimétricas y linderos de los predios de propiedad privada que presenten supuestas superposiciones con predios que son objeto de las acciones de saneamiento físico- legal de la propiedad."

Es decir toda la información y procedimientos administrativos realizados puede ser modificada bajo el interés por el predio de un proyecto de inversión priorizado.

APIP declara la prescripción adquisitiva cuando según el Código Civil artículo 950 "La propiedad inmueble se adquiere por prescripción mediante la posesión continua, pacífica y publica como propietario durante diez años. Se adquiere a los cinco años 3 Ver informe Tierras Comunales: Más que preservar el pasado es asegurar el futuro, El estado de las comunidades indígenas en el Perú, Informe 2016. cuando median justo título y buena fe." El procedimiento se hace a través de una demanda ante juez competente.

APIP define la necesidad de la reubicación, cuando esto en caso de pueblos indígenas solo se puede hacer mediante consentimiento previo, libre e informado con los pueblos indígenas (Ley 29785) el Convenio 169 de la OIT establece excepcionalmente el traslado y la reubicación de pueblos con solo su consentimiento (art. 16). Además se menciona que APIP convocará a asambleas, se entiende asambleas de comunidades; violando la Constitución art. 89 respecto a la autonomía organizativa de las comunidades campesinas y nativas.

APIP está relacionada y complementa al Título III de la Ley 30230 a través del art. 3 inc. p) norma que actualmente está en cuestionamiento a través de una acción de inconstitucionalidad en el Tribunal Constitucional; pero además es complementaria del Decreto Legislativo 1192 Ley Marco de Adquisiciones y Expropiaciones de inmuebles a través del art. 3 inc. q) donde se menciona que APIP ejercerá las competencias respecto a transferencia de inmuebles de propiedad del Estado.

APIP goza de presupuesto y recursos humanos a disposición, puede contratar especialistas del sector privado (art. 3. inc. n), celebrar todo tipo de convenios, contratos y acuerdos con instituciones nacionales, extranjeras e internacionales (art. 3.inc. m). Este artículo es discriminatorio (art. 2 inci.2 de la Constitución) puesto que otorga estas diferentes prerrogativas en vista que se trata de sanear tierras para proyecto de inversión priorizados; sin tomar en cuenta el abandono institucional y capacidad de recursos humanos para proteger las tierras de comunidades; donde no existe una partida presupuestal que permita sanear los derechos de las comunidades.

También dispone (art.4 inc. b) ejecutar el levantamiento topográfico para la delimitación física de los predios. Pero además puede solicitar a todas esas instituciones y aquellos que manejen un catastro urbano o rural, que realicen la independización e inscripción de las partidas correspondientes a los predios destinados para proyectos de inversión (art. 4 inc. f).

Debemos mencionar que las inscripciones preventivas tienen como efecto suspender cualquier derecho que disponga de ese bien, es decir una vez hecha la solicitud el predio queda destinado a disposición del proyecto de inversión priorizado. El art. 4 inc. e) ha generado especial preocupación pues en él se menciona que APIP aplica en sus procedimientos la presunción de posesión a favor del Estado; esto significa que toda tierra de interés por parte de proyectos de inversión, que no tenga título se presume que es del Estado y por tanto de libre disposición para proyectos de inversión; desconociendo toda la normativa internacional que garantiza la posesión y propiedad de tierras que tradicionalmente ocupan los pueblos indígenas (art, 14 inc. 1 del Convenido 169 de la OIT).

Dentro de este artículo 4 del referido decreto específicamente en los incisos g), h), i) y j) están relacionados al Decreto Legislativo 1192, Ley Marco de Adquisición y Expropiación de inmuebles, en el sentido de que estos incisos le dan funciones a APIP para que conduzca las acciones de tasaciones, notificaciones, acciones de trato directo y negociaciones para la adquisición de predios con los titulares de los derechos de propiedad y posesión, en caso que esto no progrese APIP entrega los expedientes saneados física y legalmente para que ministerio, gobierno regional o local empiece con la expropiación.

El artículo 6 del Decreto Legislativo 1333 se menciona que APIP puede ejecutar programas de reubicación, sin embargo no se especifica si lo va hacer en zona rural o urbana; por lo que ejecutar programas de reubicación en zonas rurales que sean de propiedad o posesión de comunidades campesinas y nativas, llámese pueblos indígenas, tienen que realizarse por consulta previa, libre e informada, según la ley 29875 y su reglamento; además con observación de las leyes de la materia sobre desplazamientos, ley 28223. El pago por medio de adjudicaciones (art. 6.1.), no se especifica si es en zona rural o urbana; en el caso que sea de propiedad y posesión de pueblos indígenas los terrenos del Estado, proyectos habitacionales tiene que cumplir con los acuerdos a que se llegue en el proceso de consulta previa, libre e informada.

La Cuarta Disposición Complementaria y Final Esta disposición complementaria del Decreto Legislativo 1333 hace una mención respecto a que el APIP solicitará información al Ministerio de Cultura sobre la presencia de pueblos indígenas u originarios en el ámbito de proyectos de inversión priorizados. Alusión que no garantiza la propiedad y posesión sobre las tierras de las comunidades campesinas y nativas o la ocupación tradicional de los pueblos indígenas; primero porque el MINCU no es el ente rector en materia de tierra de comunidades, es el MINAGRI a través de la Dirección de Saneamiento de la Propiedad Agraria y Catastro Rural- DISPACR, quienes deberían tener una base de datos y catastro sobre las tierras de las comunidades, lamentablemente hasta el momento no la tienen.

En segundo orden porque a pesar de que el Viceministerio de Interculturalidad es el ente rector para garantizar los derechos de los pueblos indígenas, actualmente sabemos de su debilidad; sin embargo al ser la institución que tiene la Base de Datos Oficial de Pueblos Indígenas, principal documento que reconoce a los pueblos indígenas, lamentablemente hasta ahora está incompleta, en ella se menciona que hay información sobre 55 pueblos indígenas u originarios, donde las comunidades nativas amazónicas son 2535 y las comunidades campesinas 2938. Lo que significaría en la práctica que la tierra y territorio de muchas comunidades principalmente campesinas no figuren en la Base de Datos Oficial que según datos del Sistema de Información de Comunidades Campesinas SICCAM del Instituto del Bien Común, es de 6 138 comunidades campesinas de la sierra y costa, una diferencia de 3 200 comunidades campesinas .

En ese sentido las disposiciones del Decreto Legislativo N°.- 1333 que crean un Proyecto Especial de Acceso a Predios para Proyectos de Inversión priorizados- APIP otorgando funciones diversas para procedimientos de saneamiento físico legal de territorios que titulados o no; y donde se proyecta ejecutar actividades extractivas, son inconstitucionales, puesto que omiten dar un tratamiento especial y diferenciado al territorio de los pueblos indígenas, que no ha sido titulado,

incumpliendo la regla vinculante contenida en el artículo 14.1 del Convenio 169 de la OIT y desarrollada por la jurisprudencia de la Corte IDH, la cual establece que la simple posesión ancestral de un pueblo indígena sobre un territorio equivale al título de propiedad, independientemente que este haya saneado su título de propiedad.

El haber creado una institución ad hoc para sanear tierras para proyectos de inversión priorizados facilitando procedimiento de saneamiento físico legal, viene a complementarse con lo estipulado en la cuestionada norma de la Ley 30230, que crea procedimientos especiales de saneamiento para los mismos fines de favorecer proyectos de inversión; dicha norma está pendiente de pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional a cerca de su inconstitucionalidad por tanto el Decreto Legislativo 1333, por conexidad se ha incorporado al referido decreto para que Tribunal Constitucional se pronuncie al respecto, en tanto que también viola diferentes aspectos del contenido constitucional del derecho de propiedad de las comunidades campesinas y nativas sobre sus territorios.

El Decreto Legislativo N°.- 1333 establece procedimientos de saneamiento de tierras para proyectos de inversión priorizados en general, y no precisa nada sobre la obligación del Estado de titular los territorios de estas comunidades campesinas y nativas, convalidando la situación de sistemática omisión del Estado de titular estas, desconociendo que la obligación de proteger este derecho de propiedad de parte del Estado se concreta en la titulación de estas tierras. De conformidad con el artículo 14.2 del Convenio 169 OIT, “Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión”.

Las normas sobre saneamiento del Decreto Legislativo N°.- 1333 viola el contenido constitucional del derecho de propiedad, cuando entregan en propiedad y en concesión territorios que pertenecen a los pueblos indígenas, lo cual ha sido expresamente prohibido por la jurisprudencia de la Corte IDH. Sobre el particular, la Corte IDH a través del caso Awas Tingni Vs Nicaragua y de conformidad con el artículo 14 del Convenio, estableció la obligación del Gobierno a que “delimite, demarque, y titule el territorio de propiedad de la comunidad” y de abstenerse de realizar, “hasta tanto no se realice esa delimitación, demarcación y titulación, actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes ubicados en la zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades los miembros de la Comunidad”.

Estas funciones y competencias del Decreto Legislativo N°.- 1333 al disponer de los territorios de los pueblos indígenas de espaldas a ellos, se está violando el artículo 17.2 del Convenio 169 de la OIT cuando establece que “Deberán respetarse las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierras entre los miembros de los pueblos interesados establecidas por dichos pueblos”.

En este caso, el Estado está permitiendo que terceros se apropien de tierras de estos. Asimismo, se viola el artículo 17.2 desconoce que “Deberá consultarse a los pueblos interesados siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad”. Es procedimiento invisibiliza a los pueblos indígenas. Pero no solo eso, se viola de igual manera el artículo 17.3 del mismo Convenio 169 de la OIT, puesto que el Estado antes que consultar con las organizaciones indígenas de buena fe, se está aprovechando del desconocimiento de los pueblos indígenas respecto del marco jurídico nacional sobre titulación, para crear un régimen legal que posibilite que terceros se apropien de estas tierras de las comunidades nativas y campesinas.

Incumple en definitiva el Estado lo establecido en la mencionada disposición del Convenio cuando precisa que “Deberá impedirse que personas extrañas a esos pueblos puedan aprovecharse de las costumbres de esos pueblos o de su desconocimiento de las leyes por parte de sus miembros para arrogarse la propiedad, la posesión o el uso de las tierras pertenecientes a ellos”. Se vulnera el artículo 18 y el artículo 3.2 del Convenio 169 de la OIT, cuando contra la

voluntad de los pueblos indígenas se dispone no solamente que terceros incurran en una conducta invasiva del territorio de los pueblos indígenas, que en propiedad les corresponde, sino lo que es peor que lo exploten de espaldas a ellos.

El artículo 18 del Convenio es muy claro, "La ley deberá prever sanciones apropiadas contra toda intrusión no autorizada en las tierras de los pueblos interesados o todo uso no autorizado de las mismas por personas ajenas a ellos, y los gobiernos deberán tomar medidas para impedir tales infracciones". En igual sentido, el artículo 3.2 del mencionado Convenio establece un mandato muy claro que es incumplido: "No deberá emplearse ninguna forma de fuerza o de coerción que viole los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos interesados, incluidos los derechos contenidos en el presente Convenio".

En este caso, el procedimiento especial de saneamiento construye un andamiaje normativo que permite y autoriza la "intrusión" y la "explotación" de los recursos naturales en el territorio de los pueblos indígenas. Pero además, al tomar decisiones contra la voluntad de estos pueblos, y en clara violación de las normas del Convenio de rango constitucional, se configura la coerción, prohibida por el artículo 3.2 antes citado. Estamos ante una conducta que no es de jure sino de facto, que carece de cobertura constitucional y legal, inadmisible en un Estado Constitucional de Derecho.

En conclusión estamos ante la violación del derecho a la propiedad y al territorio contendía en el artículo 88 de la Constitución Política y del artículo 13 y 14 del Convenio 169 de la OIT, así como a las reglas establecidas en la jurisprudencia de la Corte IDH en materia de derecho al territorio de los pueblos indígenas. En otras palabras:

1.- El Decreto Legislativo N°.-1333, a través de los artículos 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 contiene serios vicios de inconstitucionalidad e ilegalidad al contravenir la Constitución de 1993, Tratados Internacionales como el Convenio 169 de la OIT; y distintas normas nacionales como leyes, decretos supremos, legislativos y resoluciones ministeriales.

2.- El Decreto Legislativo N°.- 1333, que crea el APIP, un ente ad hoc, para el saneamiento físico legal de tierras que serán entregadas a proyectos de inversión priorizados, constituye una amenaza a las tierras y territorio de los pueblos indígenas. En tanto más de un tercio del territorio nacional son de propiedad y posesión ancestral de los pueblos indígenas, por consiguiente muchos de los proyectos serán realizados en sus territorios. En consecuencia esta norma en la medida que afecte a estos derechos debió pasar por un proceso de consulta y consentimiento previo, libre e informado, según la Ley 29785, Ley de consulta y su reglamento; sin embargo ni siquiera se contó con algún tipo de participación de organizaciones indígenas para su diseño.

3.- El Decreto Legislativo N°.- 1333, que crea el APIP y las diversas funciones que se le otorgan generaran una grave inseguridad jurídica sobre los derechos de propiedad y posesión no solo de los pueblos indígenas sino de todas y todos los peruanos; lo que traerá mayores conflictos sociales y territoriales.

3.8. ANÁLISIS LEGAL DE LA AFECTACIÓN DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA CON LA APROBACIÓN DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 1333 POR IMPACTAR EN EL DERECHO DE PROPIEDAD INDÍGENA

En este acápite recogemos el Análisis DECRETO LEGISLATIVO N° 1333: DECRETO LEGISLATIVO PARA LA SIMPLIFICACIÓN DEL ACCESO A PREDIOS PARA PROYECTOS DE INVERSIÓN PRIORIZADOS elaborado por: Programa Gestión Socio-Ambiental e Inversiones de DERECHO, AMBIENTE Y RECURSOS NATURALES DAR consultado el 29 de abril de 2017 en el enlace: http://www.dar.org.pe/archivos/docs/analisis3_dl1333_vf.pdf.

El objetivo central del DL N° 1333 es facilitar la ejecución de obras de infraestructura de interés nacional y de gran envergadura priorizados (Ley N° 30025), sus modificatorias1 , otros proyectos declarados de interés nacional; y los priorizados por los gobiernos regionales. Tal priorización se realiza por Decreto Supremo, refrendados por el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) y el titular del sector competente. En ese sentido, a través de esta norma se estaría utilizando la figura de interés nacional para regular todos los proyectos, que determine el Gobierno nacional y los gobiernos regionales, tanto proyectos presentes como futuros.

Cabe señalar que la exposición de motivos de dicha norma señala que el MEF ha priorizado una lista de 53 proyectos (según RD N° 01-2015-EF-10.03.3 de fecha 31 de marzo de 2015) en los sectores minería, hidrocarburos, transportes, electricidad, agricultura, telecomunicaciones y saneamiento que equivalen a US$ 78 946 MM. Este monto representa el 41% del PBI, casi el triple de la deuda externa peruana y casi dos veces el valor de la inversión extranjera directa que entró al país en el año 2015. Asimismo, se señala que el avance acumulado de inversión de estos proyectos es de US$ 31 136 MM (16% del PBI) quedando pendiente ejecutar el 61% de inversión (US$ 47 810 mm que significa el 25% del PBI)

Frente a esto, el Gobierno señala que una de las principales causas de este retraso es el acceso oportuno a predios. Es decir, un gran grupo de proyectos –principalmente los de infraestructura–, enfrentan retrasos derivados de esta falta de acceso rápido a predios, que representan el US$6250 MM (3,2% del PBI). En ese sentido, con el fin de ejecutar a la brevedad proyectos de infraestructura de las Asociaciones Públicos Privadas (APP), –el procedimiento consta de 83 pasos y se tarda 736 días–, se generan las propuestas presentadas en el DL N° 1333.

Para ello, dicho DL crea el PROYECTO ESPECIAL DE ACCESO A PREDIOS PARA PROYECTOS DE INVERSIÓN PRIORIZADO (APIP), que tiene como misión sanear a nombre del Estado la propiedad de todos los predios requeridos para un proyecto. Esta institución dependerá de Proinversión (que ahora pertenece al MEF) y tendrá una vigencia de 3 años, pudiendo ser extendida (art. 2).

Entre las funciones otorgadas al APIP (art.3) destacamos las siguientes: b) identificar y reconocer las diversas formas de posesión, ocupación, tenencia y titularidad de predios que se requieran para la ejecución de proyectos de inversión; c) Identificar si los terrenos son propiedad privada o estatal y formalizar derechos de propiedad del Estado a favor del ministerio, gobierno regional y gobiernos locales; d) elaborar o rectificar los planos aprobados u otorgados por entidades estatales y determinar o rectificar áreas, medidas perimétricas y linderos de predios de propiedad privada que presenten supuestas superposiciones con predios que son objeto de las acciones de saneamiento físico-legal de la propiedad; e) determinar los predios que por orden legal no pueden ser empleados para la ejecución de proyectos; g) rectificar los títulos de propiedad individual otorgados por entidades estatales que presenten errores de cualquier naturaleza; h) definir la necesidad de reubicación de pobladores coordinando con las entidades respectivas y convocar a asambleas, entre otros; p) ejercer las competencias reguladas por el Título III de la Ley 30230 y sus modificatorias, en cuanto resulten aplicables, q) ejercer las competencias a las que se refiere el DL N° 1192.

Sobre ello podemos señalar lo siguiente:

- En la norma se hace referencia a que el APIP implementará el Título III de la Ley 30230. Sobre ello, cabe señalar que sociedad civil interpuso una demanda de inconstitucionalidad para el mencionado título pues vulnera los derechos al territorio de los pueblos indígenas, permitiendo al Estado, mediante "procedimientos especiales", entregar tierras a proyectos de inversión, en la ubicación y cantidad que estos requieran para sus actividades, ignorando los derechos de propiedad que asisten a sus propietarios legítimos. En ese sentido, se advertía que están sujetos a estos procedimientos especiales, todos los predios, trátese de tierras privadas o estatales, ya sea

que estén respaldadas por títulos saneados o certificados de posesión. Tampoco se aplicaba excepciones de ningún tipo.

- Igualmente, en el DL analizado se hace referencia a que el APIP implementará el DL N° 1192, "Ley Marco de Adquisición y Expropiación de inmuebles, transferencia de inmuebles de propiedad del Estado, liberación de interferencias y dicta otras medidas para la ejecución de obras de infraestructura". Recordemos que el DL N° 1192 también es un paquetazo ambiental y fue observado por sociedad civil, en el año 2015, pues instaura un nuevo régimen jurídico para los procesos de adquisición y expropiación de inmuebles que realiza el Estado.

Si bien el marco legal, ante la dispersión de normas que se venían aprobando, era saludable. Hacerlo con la prioridad de impulsar inversiones y las APP, apartando a los jueces quienes garantizaban y resolvían en última instancia un proceso expropiatorio, no solo es un error sino un acto que contraviene el ordenamiento jurídico, debido que bajo esta norma no se quiere entender que la expropiación es una norma de excepción, así lo determina la Constitución Política en su artículo 703.

La Coordinadora Nacional de Derechos Humanos (CNDDHH) señaló que el DL N° 1192 contenía una redacción ambigua buscando normalizar los procedimientos de expropiación, despojándolos de su carácter excepcional. Por tanto, los procesos expropiatorios se incrementarían a partir de la declaratoria de necesidad pública, establecida de acuerdo a los criterios del Gobierno de turno. Con lo que la necesidad o el interés público carecerán de límites. Es así que un proyecto de inversión privada o APP, que requiera de tierras urbanas o rurales puede acudir a un ministerio, un gobierno regional o local a tramitar una expropiación mediante un procedimiento ahora expedito, ya que la actual ley tiene plazos fijos y cortos que buscan quitar cualquier obstáculo al proceso.

El DL N° 1192 no hace ninguna diferenciación entre la expropiación de un bien inmueble en zona urbana o rural. Ahí está el enorme riesgo para los territorios de pueblos indígenas quiénes gozan de protección especial dada su histórica vulnerabilidad, dado que las comunidades no tienen cómo acreditar su derecho de propiedad al no contar con títulos claros ni planos catastrales georeferenciados, por lo que la propiedad de sus tierras y territorios se convierte en un derecho inseguro.

Asimismo, siendo que el APIP nace para favorecer a los inversionistas se puede afirmar que su finalidad es otorgar el derecho de propiedad a las empresas que soliciten el saneamiento o asegurar la ocupación del territorio con gravámenes. Esta situación pone en grave riesgo el derecho al territorio de las poblaciones, especialmente, las comunidades indígenas comprendidas dentro del área de influencia directa o indirecta de los proyectos de inversión. Es necesario considerar que solo el 72,7% (5483) de los pueblos indígenas, organizados en 6069 comunidades campesinas y 1469 comunidades nativas en todo el país, no tiene cómo acreditar de manera irrefutable su derecho de propiedad, debido a la carencia de georreferenciación de la extensión y localización de sus tierras, una deuda histórica que el Estado peruano todavía no ha saldado.

De otro lado, la norma señala que el APIP definirá la necesidad de reubicación de pobladores (coordinando con las entidades respectivas), convocará a asambleas, entre otros. En el caso de pueblos indígenas, ellos son los únicos que tienen la facultad de convocar asambleas. Además el DL N° 1333 tampoco hace referencia a la necesidad de consulta previa a pueblos indígenas con lo cual se vulneraria el Convenio 169 de la OIT. Cabe señalar que los principales proyectos minero-energéticos y de infraestructura se encuentran superpuestos o en el ámbito de influencia directa o indirecta de pueblos indígenas o comunidades campesinas, por lo cual otorgar la función de reubicación sin mencionar excepciones es preocupante para la población indígena.

A la fecha las autoridades competentes, Ministerio de Cultura (Mincu) no cuentan con información georreferenciada compartida y centralizada (Base de Datos oficial, Sistema de

Información Geográfica) de los territorios indígenas, comunidades nativas y campesinas tituladas y en proceso de titulación o que se encuentren en posesión. Lo cual es una gran debilidad puesto que DL señala claramente en la Cuarta Disposición Complementaria Final que "solicitará información al MINCU sobre la presencia de pueblos indígenas u originarios en el ámbito de proyectos de inversión priorizados, a fin de garantiza el derecho de propiedad y posesión de los pueblos indígenas sobre las tierras que ocupan tradicionalmente." Con ello, creemos que los pueblos indígenas se encuentran en un alto grado de vulnerabilidad frente a esta norma. De igual modo, al señalarse que únicamente será el Mincu quien diga si existen o no pueblos indígenas en determinado territorio se estaría desconociendo el derecho a la auto-identificación de los pueblos indígenas, siendo las más impactadas con la normas las comunidades campesinas pues hay una gran presión por desconocerlas como pueblos indígenas.

El saneamiento de territorio indígena es una prioridad de la agenda de los pueblos indígenas del Perú. En la actualidad existe una demanda de titular 20 millones de hectáreas de territorio. Existiendo a la fecha 676 comunidades nativas por titular, 279 comunidades nativas por ampliar y 421 comunidades nativas que han solicitado su reconocimiento y titulación y no han sido atendidas6 .

A la vez, varios pueblos indígenas vienen esperando años que se concluya sus procesos de titulación y de reconocimiento de su territorio, los cuales por desidia del Estado aún siguen pendiente. En ese sentido, el Gobierno en vez de tener una mirada integral de la problemática del territorio, busca sanear el territorio para priorizar proyectos de infraestructura, a través del DL N° 1333, en contradicción con las demandas de territorios de los pueblos indígenas.

Actualmente, se cuentan con mecanismos de reconocimiento y saneamiento físico y legal de territorios indígenas que vienen funcionando poco a poco a pesar de demoras, con participación de los propios pueblos indígenas como el Mecanismo Dedicado Específico denominado MDE-Saweto, donde el Banco Mundial ha desembolsado 5 millones de dólares. El MDE-Saweto viene demostrando avances tras las etapas de diseño y organización, se posee información actualizada que antes no tenía el Estado sobre la situación de territorios indígenas.

De la misma forma, el Fondo Cooperativo para el Carbono de los Bosques (FCPF, en inglés) ha permitido construir propuestas concretas desde los pueblos indígenas para implementar experiencias de REDD Indígena Amazónica, que mitiguen y enfrenten los impactos de cambio climático. Ambas referencias dan cuenta de experiencias con amplia participación indígena que deben de reforzarse.

Las tendencias direccionadas desde el mercado de inversiones, sobre todo, extractivas, se refuerzan con las de algunas instituciones financieras internacionales (IFI), quienes a través de sus préstamos fomentan reformas estructurales. Estas reformas vienen promoviendo la flexibilización normativa en favor de inversiones en infraestructura y actividades extractivas, pero sus impactos van en contra del derecho de los pueblos indígenas. En ese sentido, la creación del APIP para facilitar las inversiones y sanear el territorio a favor de grandes obras de infraestructura no constituye el camino para llegar a un modelo equilibrado de política pensando de manera económica y ambientalmente sostenible.

De otro lado, es de gran preocupación, el artículo 7.1 del DL N° 1333 relacionado con normas de protección de funcionarios. Allí se señala que "Cuando se formulen denuncias penales contra los servidores civiles de APIP o de las entidades que intervengan en los procesos de saneamiento u obtención de predios, relacionadas con dichos procesos, antes de su calificación e investigación preliminar por los órganos competentes del Ministerio Público o de la Policía Nacional del Perú, se requiere de la opinión fundamentada de APIP sobre si se ha infringido la legislación de la materia. Dicha opinión es emitida por APIP en un plazo no mayor de treinta (30) días hábiles. El Fiscal deberá meritual la referida opinión para decidir si estima o no procedente la denuncia, de conformidad con las normas aplicables. De igual manera, el Juez o la Sala deberá tener en cuenta,

dicha opinión, al momento de expedir la resolución que corresponda. En los procesos penales en trámite por las denuncias a las que se refiere el presente artículo, el Juez requerirá de inmediato, opinión fundamentada de APIP. La Autoridad Judicial, una vez recibida la opinión, podrá sobreseer definitivamente el proceso".

Este artículo debilita los procedimientos iniciados por cualquier ciudadano ante el Ministerio Público, Policía Nacional del Perú, Juez o Sala dado que se privilegia la opinión de los funcionarios públicos del APIP u otra institución relacionada con ella, para iniciar una investigación preliminar o calificarla. En ese sentido, consideramos que esto limitaría el derecho de cualquier ciudadano sobre todo de los pueblos indígenas frente al rechazo de otorgar, por ejemplo, su territorio a un megaproyecto.

El problema surge porque el Gobierno peruano no ha cumplido con el sanear el derecho de propiedad de los ciudadanos, principalmente, hay una deuda histórica con los pueblos indígenas de los Andes y de la Amazonía. En este contexto, el DL N° 1333 podría entrar en contradicción con las demandas de territorio de estos pueblos, teniendo en cuenta que previamente no se ha dado un proceso de ordenamiento territorial.

Por ello, podemos señalar que el DL N° 1333 es un grave riesgo para los pueblos indígenas, las comunidades nativas y campesinas del Perú, habiéndose creado el APIP a favor de los grandes proyectos de infraestructura y, principalmente, de las APP para que tengan la prioridad para poder sanear el territorio debilitando de esta manera la demanda de los pueblos indígenas que buscaban fortalecer sus procesos de saneamiento territorial a nivel nacional. Con su creación el APIP toma una serie de funciones de COFOPRI y se vuelve en la entidad que avalará todos los procesos de titulación a favor de los grandes proyectos de infraestructura y lamentablemente en una lógica que privilegiará sobre todo al sector privado.

IV. ADMISIBILIDAD Y PROCEDIBILIDAD DE LA DEMANDA

Por su parte, la legitimidad de la demandante se encuentra reconocida por los artículos 40º y 41º del Código Procesal Constitucional.

V. VIA PROCEDIMENTAL

La presente demanda debe tramitarse con arreglo a las normas de la Ley N° 28237 (Código Procesal Constitucional), promulgada el 28.05.2004 y publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 31.05.2004.

VI.MEDIOS PROBATORIOS

6.1. Pronunciamiento del Pacto de Unidad contra el Decreto Legislativo N° 1333

6.2. Pronunciamiento de la CNA contra el Decreto Legislativo N° 1333

6.3. Pronunciamiento de la CNDH contra el Decreto Legislativo **N°** 1192

VI. ANEXOS

1. Fotocopia legible del Documento Nacional de Identidad del suscrito, presidente legal de IDLADS PERÚ (Instituto de Defensa Legal del Ambiente y el Desarrollo Sostenible). **ANEXO 1-A.**

2. Vigencia de Poder de Presidente de IDLADS PERÚ: Dr. Henry Oleff Carhuatocto Sandoval. **ANEXO 1-B.**

3. Copia Literal del IDLADS PERÚ (Instituto de Defensa Legal del Ambiente y el Desarrollo Sostenible). **ANEXO 1-C.**

4. Copia del documento de identidad de la Representante de la Organización Nacional de Mujeres Indígenas Andinas y Amazónicas del Perú, Ketty Marcelo López. **ANEXO 1-D.**

5. Copia Literal de la ficha registral de la Organización Nacional de Mujeres Indígenas Andinas y Amazónicas del Perú en la que consta que la señora Ketty Marcelo López es representante legal de la mencionada persona jurídica. **ANEXO 1-E.**

6. Copia de la vigencia de poder de la Organización Nacional de Mujeres Indígenas Andinas y Amazónicas del Perú **ANEXO 1-F.**

7. Copia del documento de identidad del Representante de la Confederación Nacional Agraria, Antolín Huáscar. **ANEXO 1-G.**

8. Copia Literal de la ficha registral de Confederación Nacional Agraria, en la que consta que el señor Antolín Huáscar es representante legal de la mencionada persona jurídica. **ANEXO 1-H.**

9. Copia de la vigencia de poder de la Confederación Nacional Agraria. **ANEXO 1-I.**

10. Pronunciamiento del Pacto de Unidad contra el Decreto Legislativo N° 1333 **ANEXO 1-J.**

11. Pronunciamiento de la CNA contra el Decreto Legislativo N° 1333 **ANEXO 1-K.**

12. Pronunciamiento de la CNDH contra el Decreto Legislativo **N°** 1192 **ANEXO 1-L.**

POR LO EXPUESTO:

A usted Señor Juez Especializado en lo Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima solicitamos admitir la presente demanda.

PRIMER OTROSI DECIMOS: Que al amparo de lo dispuesto en el artículo 80° del Código Procesal Civil, otorgamos a nuestros Abogados Patrocinantes, **Henry Carhuatocto Sandoval,** Reg. CAL 36283, y **Lilyan Delgadillo Hinostroza,** con Reg. CAL Nº 61662, las facultades generales de representación que se refiere el artículo 74° del acotado cuerpo legal, declarando estar instruido de sus alcances y señalando domicilio real en el exordio de esta demanda.

Lima, 02 de mayo del 2017

ANTOLIN HUASCAR FLORES
Presidente
CONFEDERACIÓN NACIONAL AGRARIA – CNA

KETTY MARCELO LÒPEZ
Presidenta
ORGANIZACIÓN NACIONAL DE MUJERES INDÍGENAS ANDINAS
Y AMAZÓNICAS DEL PERÚ-ONAMIAP

HENRY OLEFF CARHUATOCTO SANDOVAL
Presidente
INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL DEL AMBIENTE Y EL DESARROLLO DEL SOSTENIBLE
PERÚ – IDLADS PERÚ

LILYAN DELGADILLO HINOSTROZA
Abogada
Reg. CAL Nº 61662